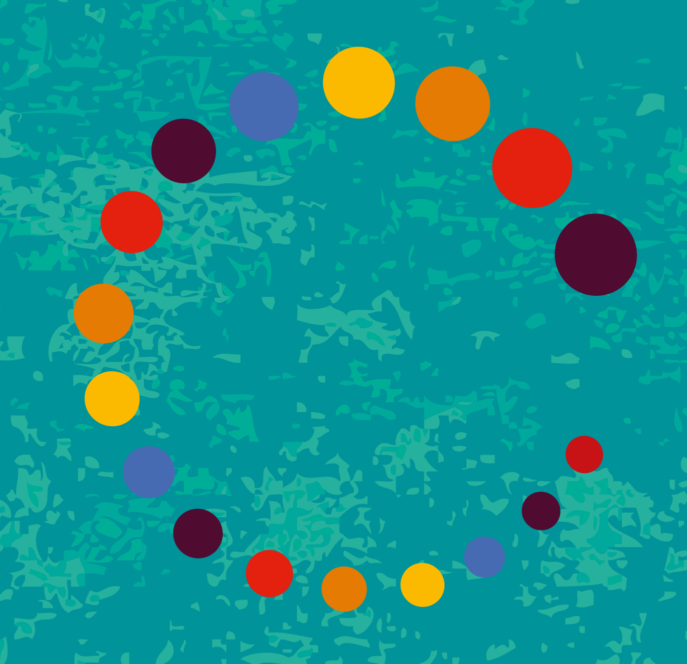


SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE

INFORME ANUAL 2015



5



INFORME ANUAL 2015

SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE



Informe Anual Situación de los Derechos Humanos en Chile 2015

Consejo Instituto Nacional de Derechos Humanos
Miguel Luis Amunátegui Monckeberg
José Aylwin Oyarzún
Carolina Carrera Ferrer
Consuelo Contreras Largo
Sebastián Donoso Rodríguez
Carlos Frontaura Rivera
Roberto Garretón Merino
Claudio González Urbina
Sergio Micco Aguayo
Manuel Núñez Poblete

Lorena Fries Monleón
Directora Instituto Nacional de Derechos Humanos

Equipo de redacción INDH
Unidad de Estudios
Silvana Lauzán Daskal
Juan Pablo González Jansana
Dhayana Guzmán Gutiérrez
Patricia Provoste Fernández

Unidad de Educación
Enrique Azúa Herrera
Verónica del Pozo Saavedra
María de los Ángeles Villaseca Rebolledo

Unidad de Administración y Finanzas
Sebastián Funes Verdugo

Colaboración INDH
Julio Cortés Morales
Juan Cristóbal González
Alejandra Molina Millar
Daniela Ortega Allan
Paula Salvo del Canto

Consultores/as para este informe
Tamara Ramos Merino, Ignacio Mujica Torres y Branislav Marelic Rokov.

Diseño
Winnie Dobbs

Fotografía
Enrique Cerda
Paula Olivares (Corporación Opción)
Prensa Presidencia de la República

Impresión
Andros Impresores 35382
ISBN: 978-956-9025-72-3
Registro de Propiedad Intelectual N° 260.310

ÍNDICE

Introducción 7

1. Institucionalidad democrática y derechos humanos 15
   1.1 Corrupción y derechos humanos 17
   1.2 Institucionalidad democrática y derechos humanos 35

2. Derechos económicos, sociales y culturales 57
   2.1 Pobreza y derechos humanos 59
   2.2 Derecho al trabajo 81
   2.3 Derecho a educación 95

3. Derechos civiles y políticos 107
   3.1 Función pública y derechos humanos 109
   3.2 Derecho a la protección a la familia 129

4. Ejercicio de derechos sin discriminación 149
   4.1 Prostitución y derechos humanos 151

5. Territorios y derechos humanos 167
   5.1 Derecho a un medio ambiente libre de contaminación 169
   5.2 Relaciones interculturales y derechos humanos 187

6. Violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas en el período 1973-1990 207
   6.1 Violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas en el período 1973-1990: Acceso a la justicia 209

7. Recomendaciones 225
   Recomendaciones generales 227
   Recomendaciones particulares 229

8. Informe de gestión 239

INTRODUCCIÓN

El Instituto Nacional de Derechos Humanos presenta a continuación su sexto Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile, de acuerdo con la obligación legal contenida en la Ley 20.405. En el plano internacional, se han cumplido 70 años desde la conformación de la Organización de Naciones Unidas, y muchos avances han tenido lugar desde aquel gran acuerdo sobre el nuevo orden mundial en torno a la paz, el desarrollo y los derechos humanos. Cada década ha contenido su énfasis específico, acorde a los problemas y preocupaciones del momento. El resultado obliga a reflexionar: desde una perspectiva de derechos humanos, hoy estamos mejor que hace siete décadas. La conciencia en torno al valor universal de los derechos humanos y su plena garantía no ha dejado de avanzar desde la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Sin embargo, junto a todos los avances, es posible enumerar una amplia gama de temas donde los diagnósticos demandan acciones urgentes. Ejemplo de ello es la crisis humanitaria con la violencia fratricida que ha dejado incontables víctimas y refugiados de medio oriente de la que hemos sido testigos en todo el mundo, o la situación de vulneración sistemática de derechos de las personas privadas de libertad, entre otras.

Luego de cinco años de trabajo, el diagnóstico del INDH en el campo de los derechos humanos en Chile puede resumirse del siguiente modo: un análisis horizontal, recorriendo una línea de tiempo desde 1990 a la fecha, permite afirmar que la garantía y respeto de los derechos humanos ha ido extendiéndose, en particular por la profundización democrática, la vigencia del Estado de Derecho y la reducción de la pobreza. Parte de esta profundización ha redundado, por cierto, en una complejización de la gobernanza, entendida en este marco como la capacidad de los gobiernos de conducir la gestión del Estado con eficacia, eficiencia y acorde a sus obligaciones en materia de derechos humanos. La profundización democrática siempre trae aparejados nuevos desafíos para su legitimidad y eficacia, pues una ciudadanía más informada y educada, con mayores niveles de ingreso, exige más a este régimen político. Por otro lado, un análisis vertical, con cortes que profundizan en diferentes momentos, plantea una severa preocupación por la desigualdad que persiste en el país y, en particular, por la situación de desprotección y vulneración de derechos de ciertos grupos, como por ejemplo, las mujeres, los pueblos indígenas, los adultos mayores, los niños/as y adolescentes o las personas privadas de libertad. Frente a este diagnóstico, y en el marco de su mandato legal, el INDH ha recomendado a los tres poderes del Estado que, por un lado, se avance en la creación o el fortalecimiento de normas e instituciones que reconozcan y garanticen derechos y, por el otro, que se desarrollen políticas para enfrentar la desigualdad y la discriminación de los grupos vulnerados.

El 2015 ha sido un año en que han tenido lugar importantes cambios, tanto a nivel institucional como social. Las reformas tributaria, educacional, laboral y el anuncio del proceso constituyente han significado un agudo proceso de deliberación, no exento de polémicas. También se sucedieron –y continúan sucediendo– escándalos de corrupción relacionados con el financiamiento político y su vínculo con grandes empresas, cuyos resultados son, entre otros, el deterioro de la confianza en el vínculo de representación

política y del principio "una persona, un voto". A su vez, la denuncia de colusión empresarial en el caso del papel higiénico (sumados a los casos de años anteriores, como el de las farmacias o el conocido como "la colusión de los pollos") tienen por resultado, simultáneamente, el enriquecimiento de unos pocos a costa del empobrecimiento de los consumidores, afectando las posibilidades de importantes sectores de la población de tener una vida digna. La búsqueda de beneficios desmedidos de algunos empresarios sumada, probablemente, a las deficiencias de las regulaciones y controles estatales, y a la ineficacia relativa de las políticas públicas para satisfacer demandas sociales permanentes, como las vinculadas a la seguridad ciudadana, salud, educación e igualdad, han mantenido una baja percepción de confianza en las instituciones democráticas. A ello se sumaron las largas huelgas, como por ejemplo, el paro de profesores o el de funcionarios/as del registro civil. Lo que hay de fondo en todas estas disputas dice relación con cómo distribuir el poder, cuáles derechos reconocer y cómo hacerlo adecuadamente, hasta dónde empujar las fronteras de la democracia, para darle forma a una que, hasta el momento, algunos consideran suficiente y otros aún deficitaria. Estas tensiones, propias de cualquier sistema democrático constituyen para el INDH un indicador de la vigencia de lo que se mostraba en 2004, hace ya más de 10 años, en el informe "La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos" elaborado por el PNUD: la urgencia de una política generadora de poder democrático, cuyo objetivo sea la ciudadanía integral, entendiendo por ella las condiciones para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de manera articulada y armónica. Del mismo modo, frente a una ciudadanía más consciente de sus derechos, debe fortalecerse la conciencia, promoción y cumplimiento de sus deberes y responsabilidades.

Este diagnóstico se confirma con los resultados de la tercera Encuesta Nacional de Derechos Humanos (ENDH) que el INDH realiza cada dos años. Este 2015 los resultados de la ENDH volvieron a mostrar la alta valoración de la ciudadanía de los derechos humanos, considerándolos fundamentales en la vida cotidiana (91,5%). Las personas encuestadas también identificaron al Estado (32,7%) y al gobierno (42,3%) como principales responsables de garantizar el respeto a los derechos humanos en el país. No obstante, la encuesta puso de manifiesto tres tensiones importantes. En primer lugar, no toda la ciudadanía relaciona el respeto a los derechos humanos con la democracia: los resultados permiten identificar un grupo algo superior a un tercio de la población (35,4%) que al mismo tiempo que considera los derechos humanos fundamentales en su vida cotidiana, no valora la democracia como la mejor forma de gobierno, y opina que a veces es preferible un gobierno autoritario o le da lo mismo el tipo de gobierno. Si bien es cierto que nuestros promedios de legitimidad de la democracia son aceptables en comparación con otros datos regionales, la crisis de confianza en nuestras instituciones plantea un motivo de alarma.

En segundo lugar, la ENDH mostró que persiste un déficit de cultura democrática que permea la vida cotidiana, como por ejemplo, cuando 43,5% se manifiesta de acuerdo con que las personas castiguen a presuntos delincuentes como sucede en las denominadas detenciones ciudadanas ocurridas en el último tiempo, y cuando 50,4% considera que la protección de los DD.HH. dificulta la lucha contra la delincuencia. Este es, a 26 años del retorno a la democracia, un desafío crítico para el Estado y para la sociedad: la democracia constituye el mecanismo esencial por el que es posible exigirle al Estado respeto, protección y garantía de derechos para todos y todas, en igualdad de condiciones. El INDH constata con preocupación que el malestar y la indignación con ciertas prácticas del sector público y privado, incluyendo a los partidos políticos, no permita distinguir que es solo sobre la base del fortalecimiento del sistema democrático que será posible acceder a los bienes y derechos que las personas reclaman y en las condiciones que merecen. Estas percepciones pueden ser la base para propuestas de mecanismos de autotutela o llamados a intervenciones militares, contrarios al Estado de Derecho. Por su parte, es tarea esencial de los partidos políticos hacerse cargo de este problema, reflexionar y actuar en relación con los impactos que los diferentes escándalos han tenido en la población, y apoyar medidas internas y legislativas que favorezcan la transparencia, cumpliendo el rol que –a juzgar por la débil confianza ciudadana en ellos– no

han logrado desempeñar satisfactoriamente para mejorar la sintonía entre el sentir popular con la vida política del país. La democracia no es viable sin partidos políticos, y es por ello que urge la necesidad de que estos recuperen su rol de interlocutor, con capacidad de procesar las demandas ciudadanas y de otros sectores sociales, y canalizarlas institucionalmente en una propuesta para el futuro del país. En ese sentido, el valioso trabajo desarrollado este año por el Consejo Asesor Presidencial Contra Conflictos de Interés, Tráfico de Influencias y Corrupción, presidido por el economista Eduardo Engel, debiera cristalizarse en avances concretos en los ámbitos abordados.

De la misma manera, y como se aborda en el apartado de institucionalidad democrática, el INDH considera fundamental el apoyo a la labor de las organizaciones de la sociedad civil, en particular en este caso de las organizaciones de promoción de la democracia y defensa de los derechos humanos, en su tarea de promoción de la transparencia del sector público y privado, y de observación del respeto y garantía de derechos fundamentales de la población.

En tercer lugar, la encuesta muestra la persistencia de la preocupación por los derechos económicos, sociales y culturales. Así, si bien se reconocen las condiciones para acceder a servicios de salud y educación, la percepción cambia en relación con la garantía de acceso a servicio de calidad en estos ámbitos, ya que esto ocurriría en directa proporción al poder adquisitivo. Así, al igual que la misma encuesta en su versión 2013, los DESC son identificados por una mayoría como los derechos menos protegidos en el país. En relación con este punto, el Sr. Philip Alston, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre extrema pobreza y derechos humanos declaró en el marco de la visita al país en marzo de este año, que "En relación a la pobreza, Chile es una paradoja. El país ha logrado un avance extraordinario en términos de crecimiento económico, desarrollo integral y reducción de la pobreza. Pero al mismo tiempo persisten tasas preocupantes de pobreza y pobreza extrema, y los niveles de desigualdad son extremadamente altos, los cuales no son ni sostenibles ni aceptables en una sociedad que se enorgullece de su compromiso fuerte y profundo con el respeto de los derechos humanos de todo sus pueblos". A continuación, señaló que: "Los derechos económicos, sociales y culturales se deben reconocer como derechos humanos plenos y no meramente como asuntos de política social".

En el campo de la institucionalidad democrática, arquitectura mediante la que se busca mejorar la garantía y protección de derechos, hay un hito muy valorable en este 2015, que dice relación con la modificación del sistema electoral binominal para las elecciones legislativas, por uno de representación proporcional, no obstante que será necesario verificar cómo opere el sistema en la práctica. Lo que se espera de este cambio es aumentar los niveles de participación electoral y de representatividad del Congreso nacional, expresados ambos avances en una mayor legitimidad de nuestra democracia. Por su parte, se valora la propuesta de la Presidenta de la República en torno al proceso constituyente. El INDH ya ha planteado que "la Constitución debe ser un reflejo de los acuerdos mínimos dentro de una sociedad democrática [donde se exprese] el consenso esencial que proporciona las bases para la cohesión del cuerpo social y en el que también se manifiestan los principios que estructuran la identidad colectiva" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, p. 17). Para ello, el desarrollo de este proceso requiere, independiente del mecanismo utilizado para la reforma constitucional, el cumplimiento de ciertos mínimos, a saber: (i) confianza ciudadana; (ii) participación; (iii) participación de grupos vulnerados; (iv) paridad entre hombres y mujeres; (v) representación territorial; (vi) transparencia y acceso a la información; y (vii) igualdad del voto. También se requiere que el proceso sea simple, es decir, que la población pueda comprender con facilidad en qué consiste y cómo se procederá en cada etapa del proceso.

El creciente debate que se ha dado en relación con la representación política, el cambio constitucional y las diferentes modalidades para implementarlo, así como las demandas por mayor participación ciudadana en la toma de decisiones, constituyen dimensiones propias del debate acerca de la profundización democrática. Se juegan allí diferentes formas de comprender la relación de la sociedad con el Estado en la actualidad, el rol que le cabe a la sociedad civil, ese conjunto heterogéneo de organizaciones, con propósitos diferentes, que al igual que el Estado, suele contar con ejemplos tanto de virtud como de vicio. Dentro de la sociedad civil,

el reconocimiento del rol fundamental que tienen las organizaciones no gubernamentales de promoción de la democracia y protección de derechos humanos en la ampliación del campo de derechos es revisado brevemente en este informe, en particular, indicando algunos ámbitos de preocupación para el buen desempeño de estas organizaciones, que son tan indispensables a la hora de desarrollar controles y hacer propuestas en los contextos de crisis de confianza pública actuales. Otro hecho destacable del año en este ámbito es la aprobación del proyecto que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos, entidad que bajo el alero del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, coordinará intersectorialmente las políticas del gobierno en el campo de los derechos humanos. Si bien su aprobación constituye *per se* algo positivo, el proyecto no incorporó aspectos importantes recomendados por el INDH, como la necesidad de contar con una entidad permanente de calificación de víctimas de la dictadura, aspecto que deberá ser resuelto de alguna otra manera en el futuro próximo.

En Chile existe una persistente preocupación en la población en torno al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Según la ENDH realizada por el Instituto, dicho derecho es mencionado en segundo lugar como el derecho que más se ha pasado a llevar en el último año, con 20,3% de las menciones. Consultados respecto del nivel de protección que ofrece nuestro país a este derecho, 18,5% responde que "nada", y 72,5% indica "algo". El INDH ha abordado los problemas de diverso orden asociados a este derecho en reiteradas oportunidades. Este año considera relevante focalizar en la discusión que está teniendo lugar en el Congreso, a propósito del proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, el proyecto de ley de protección y preservación de glaciares, y el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas. En estos ámbitos confluyen una gran cantidad de principios, derechos e intereses particulares, que en atención a los compromisos internacionales asumidos por el Estado, ameritan una especial atención a lo que se vaya resolviendo.

En otro plano, la ENDH mostró que 80% de la población avala la existencia de cupos en el Congreso para representantes de los pueblos indígenas, por considerarla bastante o muy importante. La población también apoya el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas (84,4%), y que el Estado les restituya o devuelva las tierras (74%). Acerca de este punto, este año han concluido dos procesos de consulta previa a los pueblos indígenas a nivel nacional, uno desarrollado por el Ministerio de Desarrollo Social, y otro por el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. El INDH valora el desarrollo de estos procesos, que demuestran esfuerzos concretos por cumplir en la práctica con las obligaciones internacionales del Estado, no obstante que, como se plantea en este informe, aun sea necesario mejorar la regulación y el desarrollo de estas consultas a los fines de que sean acordes a los estándares del Convenio 169. A la vez, como se plantea en este informe, la existencia de un enfoque intercultural parcial y fragmentado en las normas y políticas del Estado es muestra de todo lo que aún queda por avanzar. A esto se suman las crisis específicas de la región de La Araucanía, con persistentes denuncias de abusos policiales contra población mapuche, que permanecen sin un reproche contundente por parte del Estado, lo que termina por avalar la impunidad. Además, persisten las denuncias que realizan agricultores y empresarios no mapuche de la región por delitos de distinto tipo, frente a ellos el Estado no ha brindado una respuesta satisfactoria aún, y que han tomado estado público en diferentes momentos del año. Todos estos problemas, ya lo ha planteado el INDH, requieren ante todo una respuesta política, a base de un diálogo de alto nivel, amplio y sostenido en el tiempo, junto con la plena aplicación del Estado de Derecho y el respeto de las garantías constitucionales, ya que el problema subyacente es multifactorial, si bien tiene como uno de sus elementos centrales el conflicto relativo a la propiedad de las tierras y la generación de mecanismos efectivos de participación política, consulta y espacios de autonomía para estos pueblos.

En el caso de otros grupos de especial protección reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos hay que destacar la presentación este año del proyecto de Ley de Garantías de Derechos de la Niñez, cuya necesidad ha sido planteada en otras oportunidades por el INDH, no obstante que el mismo contenga aspectos que deben ser mejorados a lo largo de la tramitación legislativa. Además, es necesario manifestar la preocupación por la

postergación reiterada del proyecto de ley de migraciones, en el marco de una normativa deficitaria que impacta negativamente en el ejercicio de derechos por parte de esta población, y que no es acorde a la realidad del país, especialmente en el caso de las personas migrantes que ingresan por la frontera norte del país. Finalmente, el INDH valora la promulgación y entrada en vigor del Acuerdo de Unión Civil este 2015, que brinda la posibilidad a un gran número de personas que viven con sus parejas, de diferente o del mismo sexo, de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, y hace de nuestro país uno más inclusivo.

Este año se cumplieron 40 años del inicio de la Operación Cóndor, el plan criminal de acciones coordinadas entre las dictaduras de Chile, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Bolivia (y esporádicamente Perú, Colombia, Venezuela y Ecuador), con apoyo de Estados Unidos, para asesinar y hacer desaparecer a los disidentes durante las décadas de 1970 y 1980. Hoy constituye un hecho destacable que la misma coordinación entre los países del Mercosur exista para reafirmar el compromiso de promover la memoria, la verdad, la justicia y la defensa de los derechos humanos en la región. En lo relativo al acceso a la justicia de las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a nivel nacional, este ha sido un año de debate a propósito de los testimonios de exconscriptos que confesaron haber participado en los ataques a Rodrigo Rojas y Carmen Gloria Quintana y en la masacre perpetrada en Laja, y de los fallecimientos de Manuel Contreras, exdirector de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), y la de Marcelo Moren Brito, exagente de la DINA.

El paso del tiempo, y el deceso natural de victimarios, sobrevivientes y sus familiares, pone de relieve la urgencia de avanzar en la verdad y el acceso a la justicia. En este sentido, según la Ley 20.405, corresponde al INDH custodiar y guardar en depósito los antecedentes reunidos por las comisiones que la norma señala, y que otorgan beneficios a las víctimas de violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar. A la fecha de cierre de este informe el INDH ha respondido 43 oficios emanados de Justicia en que se solicitó la entrega de antecedentes relativos a personas calificadas en las comisiones conocidas como Valech I y Valech II. Estas peticiones implicaron la revisión de 984 nombres de personas en los catastros respectivos, la digitalización de toda la documentación correspondiente, y la entrega en persona en cada Tribunal solicitante de 898 carpetas con antecedentes correspondientes a Valech II. Este informe contiene, además, un balance más amplio de los avances y las obligaciones pendientes en este ámbito.

Por su parte, la tortura no es solamente una práctica del pasado, no obstante que hoy no ocurra de manera masiva ni sistemática. El INDH ha continuado denunciando hechos de tortura a lo largo del año, especialmente en cárceles. La gravedad de los hechos, que el derecho internacional de los derechos humanos identifica con su prohibición absoluta para los Estados, es reconocida por la población, que en el marco de la ENDH manifiesta en 48% que existen hechos de tortura en el país, y que los mismos ocurrirían en cárceles (65,9%) y en retenes policiales o comisarías (40,2%). La preocupación y las acciones del INDH en este campo se extienden a otros hechos igualmente graves y lamentables, como la presunta desaparición forzada de José Antonio Vergara Espinoza, joven de 22 años detenido por Carabineros el 13 de septiembre pasado y cuyo paradero hasta ahora se desconoce. Estos hechos son inaceptables. No solo no debieran ocurrir, sino que la respuesta, en caso de tener lugar, debiera ser visible y contundente.

Otro ámbito de la violencia institucional se refiere a la represión de las manifestaciones sociales y, en esos contextos, la presencia de prácticas policiales que no siempre se ajustan a estándares internacionales de derechos humanos. Este año, el estudiante de la Universidad Católica Rodrigo Avilés fue conocido tras caer al suelo, quedar inconsciente y con riesgo vital, producto del chorro de agua proveniente de un camión de Fuerzas Especiales de Carabineros, que le impactó en el cuerpo. En ese sentido, la labor del INDH a lo largo de estos años ha constatado, junto con los avances en algunos planes y programas que han incorporado la educación en derechos humanos como parte de la instrucción del personal de estas fuerzas, la dificultad para avanzar en la transformación de algunas prácticas, que continúan ocurriendo cada tanto e implican una violación de derechos humanos. En el marco de la visita del Sr. Maina Kiai, Relator

Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, este planteó que "En términos amplios, los derechos de reunión y asociación se encuentran relativamente sanos en Chile. No obstante, existen áreas a mejorar y es importante que Chile los aborde, tanto para la consolidación de su propia democracia como a fin de asumir su lugar merecido como un líder mundial en derechos humanos". Relativo a ello agregó que "La policía ha justificado la dispersión de protestas y el recurso a la fuerza esgrimiendo la presencia de individuos perturbadores en la periferia de tales manifestaciones. Quiero ser muy claro: la policía tiene el deber de distinguir entre manifestantes pacíficos y agentes provocadores. La presencia de unas pocas personas que cometen actos de violencia dentro y alrededor de una protesta no autoriza a la policía para etiquetar como violenta a la manifestación completa. No concede al Estado carta blanca para utilizar la fuerza en contra o detener indiscriminadamente a todos". También en importante recordar que los derechos de reunión y asociación y por consiguiente el desarrollo de manifestaciones sociales, debe realizarse siempre en términos pacíficos.

Finalmente, la importancia de la vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos en cada país por parte de la comunidad internacional es reconocida por la población en Chile (78,6% indica esto en la ENDH) y por los propios Estados. Sin ir más lejos, Chile ha firmado en octubre de este año la "Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia" y la "Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia". Según informara el comunicado oficial, "La decisión de suscribir ambos instrumentos obedece al compromiso del gobierno de la presidenta Michelle Bachelet de avanzar hacia una sociedad más justa e inclusiva, a la vez que constituye una clara señal de apoyo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual Chile en un miembro activo. Dentro de los avances que establecen ambas convenciones destacan las nuevas categorías susceptibles de discriminación que reconoce, así como la inclusión de los conceptos de discriminación múltiple y discriminación indirecta".

INSTITUCIONALIZACIÓN DEL INDH

El INDH ha avanzado este año en su institucionalización, abriendo seis nuevas sedes regionales en Arica y Parinacota, Antofagasta, Valparaíso, Biobío, La Araucanía y Los Lagos. En presencia regional, el INDH avanza en el ejercicio de su mandato de promoción y protección de los derechos humanos en los territorios, favoreciendo a sus poblaciones en el acceso a la atención del Instituto en condiciones de igualdad. Este hito es posible gracias a la ampliación presupuestaria que el Congreso ha aprobado a propuesta del Poder Ejecutivo, y que se espera continúe hasta cubrir la totalidad del territorio.

METODOLOGÍA DEL INFORME

El índice de contenidos de este Informe ha sido aprobado por el Consejo del INDH en marzo, sobre la base de diferentes consideraciones. Por un lado, los contenidos buscan un equilibrio que relacione la coyuntura del año y los problemas que estaban siendo debatidos –siempre que digan relación con los derechos humanos– en el ámbito público, así como los temas que persisten en el tiempo. También se consideran los ámbitos en los que el Estado de Chile deberá rendir cuentas ante los organismos internacionales de derechos humanos en el año.

En cuanto a la forma de aprobación del Informe Anual, de acuerdo al artículo 6 de la Ley 20.405, el mismo debe ser aprobado por 2/3 de los/as miembros del Consejo del INDH. Este informe ha sido aprobado por unanimidad, con la excepción del apartado titulado Derecho a la protección a la familia, que ha contado con un voto de minoría. También han existido rechazos minoritarios a contenidos puntuales dentro de algunos apartados y recomendaciones. El detalle del voto de minoría, así como las observaciones a los contenidos específicos referidos en los capítulos de Derecho al trabajo, Derecho a educación, Derecho a un medio ambiente libre de contaminación y Recomendaciones, están descritos en el Acta de la Sesión N° 283, de fecha 23.11.15, disponible en www.indh.cl.

La estructura de los capítulos es similar: se introduce el tema con antecedentes relevantes del año, se hace referencia a los estándares internacionales disponibles, especificando en ellos su obligatoriedad, y cuando corresponde, aclarando que constituyen orientaciones voluntarias para los Estados. Luego se analizan las normas nacionales, a la luz de cuán acordes son en relación con lo que indican los estándares de derechos humanos. Dependiendo del caso, los apartados revisan planes y políticas desarrolladas, casos o experiencias específicas o estadísticas que permitan relevar el estado de situación. De acuerdo con el mandato legal del INDH, este realiza recomendaciones generales y específicas, que se presentan al final del informe.

En cuanto a las fuentes de información utilizadas, estas deben cumplir con los estándares de confiabilidad propios de los métodos estadísticos y las metodologías de investigación en ciencias sociales. La principal herramienta de recolección de información es el envío de oficios a servicios y ministerios, que de acuerdo a la Ley 18.880 de procedimientos administrativos, deben responder en un tiempo de entre 10 y 20 días hábiles. También se utilizan las cuentas públicas publicadas por los servicios, y otros documentos de libre disposición en sus sitios *web*. Así, es a base de información oficial del Estado que el INDH construye parte del diagnóstico de cada derecho analizado.

En relación con la calidad de la información estadística, el trabajo realizado en estos años permite verificar la persistencia de dos tipos de problemas: el Estado –salvo contadas excepciones– no suele registrar datos estadísticos relevantes para un análisis desde una perspectiva de derechos humanos. Por ejemplo, muchos servicios no registran como dato el sexo o el género de la persona que accede a un servicio o que realiza una denuncia. En segundo lugar, la capacidad de respuesta de los servicios y ministerios sigue siendo dispar. En ocasiones, los oficios se han perdido dentro del laberinto de las instituciones; en otros casos, no ha habido suficiente voluntad de respuesta, y en otros, se han establecido buenos vínculos y una fluida comunicación a los fines de llegar a buen puerto en la tarea.

El Instituto también toma en cuenta la información producida por organizaciones no gubernamentales tanto nacionales como internacionales, y de organismos regionales e internacionales de derechos humanos. Las referencias a ellos se encuentran en la bibliografía al final de cada apartado, así como en las notas al pie.

En el caso de los siguientes apartados, el INDH ha realizado entrevistas a algunas personas y organizaciones: Prostitución y derechos humanos, Institucionalidad Democrática, Función Pública y Derechos Humanos, y en Pobreza y Derechos Humanos. Esta técnica permite conocer experiencias de las personas o diagnósticos institucionales, que aportan profundidad a la realidad que se busca conocer. Las entrevistas han contado con el consentimiento informado de las personas entrevistadas.

EL CONTENIDO DE ESTE INFORME

El primer capítulo llamado Desafíos para la profundización democrática se compone de dos apartados: Corrupción y derechos humanos e Institucionalidad democrática. El primero ofrece un análisis de estándares y normas en el campo de los conflictos de interés, el uso de información privilegiada y el financiamiento irregular de campañas políticas, iluminando su conexión con los derechos humanos. El segundo apartado revisa los hitos del año en materia institucional y legislativa, en tanto constituyen aportes o amenazas para el respeto y protección de los derechos fundamentales.

El segundo capítulo del Informe aborda algunos derechos civiles y políticos, al referirse a función pública y derechos humanos, y al derecho a la protección de la familia. El primer apartado analiza el principio de igualdad en el acceso a la función pública, y la situación de los/as funcionarios/as del Estado que, a la luz de este principio, tienen modalidades de contratación diferentes. Por su parte, el apartado del derecho a la protección de la familia analiza los estándares internacionales, las normas nacionales y los cambios suscitados en el país en este ámbito, a la luz de las obligaciones internacionales.

El tercer capítulo se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, y analiza por primera vez la situación

de la pobreza y los derechos humanos. También contiene un apartado acerca de derecho al trabajo y otro relativo al derecho a educación. El primero aborda los estándares de derechos humanos relacionados con el derecho a una vida digna, nivel de vida adecuado y pobreza; los enfoques utilizados para la medición de la pobreza y sus tensiones; la magnitud de la pobreza, pobreza extrema y personas en situación de calle en Chile; y algunas de las políticas públicas en favor de las personas en situación de pobreza implementadas en la última década. Los otros capítulos analizan las propuestas de reformas en discusión, desde la perspectiva de los estándares de derechos humanos.

El cuarto capítulo llamado territorios y derechos humanos incluye un acápite titulado Interculturalidad y Derechos Humanos y otro referido al derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación. Los contenidos se refieren, por un lado, a la necesidad de superar el modelo unilateral en la adopción de decisiones y garantizar a los pueblos indígenas el máximo control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural, lo que, debido a los actuales diseños normativos, representa un desafío, y por otro, analiza tres proyectos de ley en debate en el Congreso, especialmente sensibles para el derecho al agua y los derechos de los pueblos indígenas, entre otros.

El capítulo de igualdad y no discriminación, por su parte, aborda la cuestión de la prostitución y los derechos humanos, al revisar los estándares internacionales en la materia, a la luz de las diferentes posiciones que existen en la discusión en cuanto a su regulación o su prohibición, y algunos testimonios de personas y organizaciones.

El último capítulo realiza un balance concerniente al acceso a la justicia en el campo de las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas en el periodo 1973-1990.

Por último, junto a las recomendaciones al Estado, el INDH incorpora su informe de gestión, en donde rinde cuentas de la gestión operativa, administrativa y financiera de la Institución.



1

Institucionalidad democrática y derechos humanos

1. CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS
2. INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS





CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Fotografía: Enrique Cerda



CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

1

ANTECEDENTES

El fenómeno de la corrupción ha sido ampliamente estudiado y teorizado desde disciplinas y enfoques diversos (jurídicos, económicos, sociológicos y psicológicos, con enfoques morales o éticos), y ha permitido realizar clasificaciones de esta, organizando la evidencia en torno a: i) casos aislados o como fenómeno sistémico o estructural, ii) corrupción política o corrupción administrativa; entre otras. Respecto de las causas, se entiende que el problema no es que las personas sean más o menos corruptas en determinados países, sino que todo depende de las reglas del juego imperantes, que suelen relacionarse con incentivos políticos, legales, económicos y culturales (Kaufmann, 2000, p. 374).

La preocupación por la transparencia, la probidad y la corrupción no es nueva en Chile. En las últimas décadas han existido diversos esfuerzos por parte de los gobiernos de abordar los problemas que esta plantea. Ejemplo de ello es la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción creada en 1994 por el entonces presidente Eduardo Frei, la reforma constitucional de 2005 (Ley 20.050) que integró el actual artículo 8 de la Constitución respecto de probidad y acceso a la información pública, el Grupo de Trabajo sobre Probidad y Transparencia creado por Michelle Bachelet en su primer gobierno (2006), la Ley sobre acceso a la información pública (20.285) que crea el Consejo para la Transparencia, la Ley 20.730 que regula el *lobby* y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios o la reciente decisión del Congreso Nacional de que ambas cámaras realicen una cuenta pública cada 21 de julio, entre otras iniciativas[1]. No obstante, los casos Penta, Caval, SQM y Corpesca reinstalaron el debate acerca de la corrupción con una fuerza incontenible, obligando a repensar con cierta urgencia la relación entre dinero y política, la eficacia de las normas, instituciones y políticas existentes hasta el momento, y en un sentido más profundo, imponiendo el desafío de fortalecer los principios de ética pública en este ámbito, así como en el privado y en el relacionamiento entre ambos.

En este contexto, la Presidenta de la República Michelle Bachelet creó en marzo de 2015 el Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, que fue presidido por el economista Eduardo Engel[2], con el propósito de "proponer un nuevo marco normativo, que permita el cumplimiento efectivo de los principios éticos, de integridad y transparencia, en sus aspectos legales y administrativos para logar el eficaz control del tráfico de influencias, prevención de la corrupción y de los conflictos de interés en los ámbitos de los negocios, la política y el servicio público, así como en la relación entre estos"[3]. Sus 16 integrantes trabajaron por un periodo de 45

1 Entre estas es importante mencionar la aprobación en septiembre de este año por parte del Congreso Nacional del proyecto de ley sobre probidad en la función pública. A la fecha de cierre del presente Informe Anual, el proyecto aprobado se encuentra sometido al control preventivo obligatorio de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Ver, Tribunal Constitucional, expediente 2905-15, control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre probidad en la función pública correspondiente al boletín 7616-06.

2 El Consejo estuvo integrado además por: Benito Baranda, Álvaro Castañón, Rossana Costa, Vittorio Corbo, Alfredo Etcheberry, Olga Feliú, Claudio Fuentes, José Andrés Murillo, Andrea Repetto, Manuel Riesco, Marcela Ríos, Lucas Sierra, Agustín Squella, Paulina Veloso y Daniel Zovatto.

3 Ver Decreto 002, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

días, recibiendo a 78 organizaciones en audiencias públicas y sesiones de trabajo, a las que escucharon, a fin de complementar el diagnóstico respecto del tema. El informe final de 216 páginas fue presentado el 24 de abril de 2015, y en este apartado se revisarán algunas de las recomendaciones realizadas.

Hoy pocos se atreverían a decir que en Chile la corrupción no es un problema. De acuerdo con la Encuesta del Centro de Estudios Públicos (CEP) de agosto de 2015, ante la pregunta de qué tan extendida está la corrupción en el servicio público en Chile, el 49% de las personas encuestadas opinó que mucha gente está involucrada, 18% opinó que casi todas las personas están involucradas, y 17% opinó que un número moderado está involucrado (Centro de Estudios Públicos, 2015).

En 2004, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) planteó, en su Declaración de Quito, que es necesario luchar contra la corrupción pues esta "atenta contra la democracia y la gobernabilidad democrática, debilita las instituciones, compromete el desarrollo económico y social y la lucha contra la pobreza, mina la confianza ciudadana y afecta la estabilidad política"[4]. De ahí que la corrupción no sea indiferente desde una perspectiva de derechos humanos, ya que puede dejar al Estado al servicio de intereses particulares y redefinir sus prioridades, abandonando su obligación de respeto, protección y garantía de los derechos humanos sin discriminación, y otras tantas obligaciones en materia de probidad y transparencia.

En particular relativo a este punto, la organización Consejo Internacional de Políticas Públicas de Derechos Humanos indicó que "la corrupción viola los derechos humanos de aquellos a quienes perjudica y tiene un impacto desproporcionado en las personas que pertenecen a grupos vulnerables (como las minorías, los pueblos indígenas, trabajadores migrantes, personas con discapacidad, personas con VIH/SIDA, refugiados, prisioneros y personas pobres)" (International Council on Human Rights Policy, 2009, p. 9). Así, la corrupción afecta pilares fundamentales de derechos humanos, como la igualdad y no discriminación, la participación ciudadana, la transparencia y el acceso a la información pública. De ahí la importancia que el gobierno y el Parlamento mejoren las normas, instituciones y políticas en este ámbito, y de que el Estado asegure la existencia de mecanismos de control horizontal (entre poderes) y vertical (por parte de la ciudadanía). No obstante, los partidos políticos juegan un rol central en este ámbito, y también deben revisar sus regulaciones y prácticas internas, tanto individuales como colectivas, a la luz de todo lo que se ha conocido. Por su parte, las empresas privadas no quedan exceptuadas de este llamado a repensar los estándares éticos de su participación en la vida pública y en el desarrollo de la democracia en nuestro país, para ello se han desarrollado principios desde la perspectiva de los derechos humanos.

El presente apartado revisa los estándares internacionales en materia de transparencia y corrupción y, además, analiza la legislación interna en relación con dichos estándares y del diagnóstico y propuestas del Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción (en adelante "Consejo Engel" o "el Consejo")[5]. El capítulo incluye además un cuadro informativo acerca de los casos de corrupción.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Transparencia y corrupción son conceptos relacionados entre sí. Un principio efectivo para prevenir la corrupción es, justamente, el de transparencia, como condición necesaria para el control ciudadano e interinstitucional respecto del

4 Asamblea General, Organización de los Estados Americanos (OEA), Declaración de Quito sobre desarrollo social y democracia frente a la incidencia de la corrupción, aprobada el 8 de junio de 2004, AG/DEC.36 (XXXIV-O/04), punto 2.

5 Según información de la página *web* del Senado, entre el 1 de noviembre de 2014 al 31 de octubre de 2015 (período de análisis del presente Informe Anual) se presentaron 78 proyectos de ley ante el Congreso Nacional relacionados con las materias tratadas en el presente capítulo. Entre ellos, el Boletín 10264-07 que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y otros cuerpos legales en lo relativo a probidad y transparencia; Boletín 10164-07, que perfecciona al Sistema de Alta Dirección Pública y Fortalece la Dirección Nacional del Servicio Civil; Boletín 10140-07 que previene y sanciona los conflictos de intereses, y modifica normas sobre inhabilidades e incompatibilidades en el ejercicio de la función pública; o el Boletín 10.155-07 que Tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios.

actuar estatal. Relativo a este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en 2006, interpretando el contenido y alcance del artículo 13 (libertad de expresión) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ha planteado que "el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas"[6], agregando que "el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública"[7]. La comunidad internacional se ha pronunciado sobre la corrupción y la necesidad de la transparencia mediante diversos instrumentos, algunos de carácter vinculante y otros de carácter político, que evidencian la voluntad de los Estados Partes en esta materia.

La tendencia de la comunidad internacional y regional en dirección a promover mecanismos de transparencia y de acceso a la información pública para prevenir actos de corrupción lleva ya dos décadas. La Carta Democrática Interamericana, documento político no vinculante aprobado por la Asamblea General de la OEA el 2001, otorgó a la transparencia un lugar central al plantear, en su artículo 4, que "son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa".

En relación con la corrupción, los esfuerzos por combatirla han llevado al desarrollo de instrumentos internacionales específicos que han sido elaborados desde diferentes ámbitos. En el 2000, la Asamblea General aprobó la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que fue ratificada por Chile el 2004. El artículo 8 plantea, por una parte, la necesidad que los Estados tipifiquen determinados delitos en materia de corrupción[8] y, por otra parte, su artículo 9 plantea que cada Estado, en la medida que sea posible con su ordenamiento interno, "adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos", como también adoptar "medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación".

En segundo lugar, hay que referirse a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada en 2003 y ratificada por Chile en 2006, que tiene como finalidad "promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción" (artículo 1, literal a), como también "promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos". Asimismo, el artículo 6 establece que cada Estado Miembro de la Convención "garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción". Para cumplir con sus fines, dicho órgano podrá aplicar políticas públicas, supervisar y coordinar políticas anticorrupción, difundir conocimientos en materia de prevención de la corrupción, entre otras facultades. Del mismo modo, el artículo 10 exige que cada Estado adopte "las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones".

También en el ámbito internacional, pero en uno distinto al de las Naciones Unidas, existe la Convención para Combatir

6 Corte IDH, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 86.

7 Ibídem, párr. 87.

8 Los delitos que específicamente señala la Convención son dos: por una parte, el artículo 8.1.a se refiere a "la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales", mientras que el artículo 8.1.b se refiere a "la solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales".

el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

A nivel interamericano, está en vigor desde 1997 la Convención Interamericana contra la Corrupción (CIC), ratificada por Chile en 1999, que plantea la necesidad de prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción (artículo 2), y establece medidas preventivas a considerar por los Estados, entre ellas, normas de conducta para el correcto cumplimiento de las funciones públicas orientadas a prevenir conflictos de interés y asegurar el uso adecuado de recursos, mecanismos de denuncia de actos de corrupción, órganos de control superior para prevenir, detectar, sancionar y erradicar actos de corrupción, mecanismos que fortalezcan la participación de la sociedad civil o sistemas para la declaración de los ingresos, pasivos y activos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley respectiva.

Respecto del vínculo entre derechos humanos y corrupción, este ha sido analizado por los órganos de tratados del derecho internacional de los derechos humanos. La Comisión de Derechos Humanos planteó que "la corrupción es una amenaza grave para la sostenibilidad de la democracia. La estabilidad política de un país se erosiona cuando, debido a la corrupción, no existe un marco institucional para el establecimiento de un gobierno democrático"[9]. El Consejo de Derechos Humanos, por su parte, solicitó a un Comité Asesor la elaboración de un informe referido a las consecuencias negativas de la corrupción en los derechos humanos. En dicho informe se parte por reconocer que "dado que la corrupción adopta múltiples formas y ocurre en multitud de contextos, es casi imposible enumerar todos los derechos humanos que puede vulnerar"[10]. La corrupción plantea la dificultad de que, por lo general, no se está frente a una única víctima identificable, sino que suele tener efectos en un colectivo o la ciudadanía en general. En particular, el informe destaca que la corrupción acentúa "sus efectos negativos en el goce de los derechos humanos de las personas vulnerables. Las personas pertenecientes a minorías, los pueblos indígenas, los trabajadores migratorios, las personas con discapacidad, los refugiados, los presos, las mujeres, los niños y quienes viven en la pobreza son a menudo los primeros en sufrir sus consecuencias"[11]. Los actos de corrupción generan al Estado la obligación de "adoptar medidas reguladoras o de otra índole para prevenir ese tipo de actos de terceras personas, a investigar las conculcaciones que se produzcan, a enjuiciar a los responsables como corresponda y a ofrecer reparación a las víctimas"[12].

Pero no solo el Estado es responsable en esta materia, sino que "los actores no estatales también desempeñan un papel fundamental en la proliferación de la corrupción en muchos países. Las empresas pueden perpetrar actos de corrupción sobornando a actores estatales o a otros actores no estatales (soborno comercial) o recibiendo sobornos. Los propios actores no estatales son los responsables de todo acto de corrupción en el que estén involucrados. Deben someterse a la legislación civil y penal y asumir todas las consecuencias jurídicas"[13].

En este sentido, las empresas deben respetar los derechos humanos. El artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción hace alusión expresa al rol del sector privado, e indica que "cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas" (artículo 12.1). Para alcanzar dicho fin los Estados deben, entre otras medidas, "promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para

9 Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, La corrupción y sus repercusiones en el disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, 14 de mayo de 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/18, párr. 14.

10 Consejo de Derechos Humanos, Informe Final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, 5 de enero de 2015, A/HRC/28/73, párr. 17.

11 Consejo de Derechos Humanos, Informe Final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, 5 de enero de 2015, A/HRC/28/73, párr. 22.

12 Ibídem, párr. 9.

13 Ibídem, párr. 8.

el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado"(artículo 12.2.b).

Junto a la Convención, los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos[14] aprobados por el Consejo de Derechos Humanos el 2011, son una importante referencia en este ámbito. Si bien no son jurídicamente vinculantes, allí se plantea que para respetar los derechos humanos las empresas deben "evit[ar] que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y ha[cer] frente a esas consecuencias cuando se produzcan" (Principio 13.1.a), y que "las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales" (Principio 18).

En resumen, si bien no todo acto de corrupción constituye *per se* una violación a los derechos humanos, y que este análisis debe realizarse caso a caso, los hechos de corrupción plantean escenarios más favorables para la vulneración directa e indirecta de derechos. Desde una perspectiva de derechos humanos, la corrupción afecta negativamente las condiciones del Estado para poder cumplir con sus obligaciones de promover, garantizar y proteger los derechos humanos, al reemplazar las reglas del juego democrático que nos garantizan a todos y a todas la igualdad y la no discriminación, por otras que responden a intereses particulares. Por ejemplo, ello ocurre cuando el dinero tiene influencia en las decisiones de quienes ejercen el poder político y deben representarnos, o cuando se utilizan fondos sociales para fines o según criterios que no responden al bien común, o cuando se entregan coimas o dádivas para desviar el sentido de las políticas o decisiones del Estado, y así favorecer a aquellos que las pagan y burlar las normas que se aplican a la mayoría. En este sentido, la corrupción puede impactar, y suele hacerlo, tanto a los derechos civiles y políticos, como a los derechos económicos, sociales y culturales de la población, especialmente, de los grupos vulnerados.

14 Tales principios fueron elaborados por el Representante Especial del Secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas de Naciones Unidas y aprobadas por el Consejo de Derechos Humanos en su resolución 17/4 de junio de 2011.

NORMAS VIGENTES, PROPUESTAS DEL CONSEJO ENGEL Y PROYECTOS DE LEY

La Constitución Política de la República tiene normas relevantes para la lucha contra la corrupción. El artículo 1 en su inciso cuarto señala que el Estado "está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien comú[n]". Además, el 2005, y producto de una de las reformas más relevantes que ha tenido la CPR, esta consagró en su artículo 8 que "el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones".

A nivel legal, se revisará la regulación existente en tres ámbitos: la prevención de la corrupción, los conflictos de interés y el financiamiento de la política. En cada uno de ellos, junto con mencionar la regulación existente, se hará mención al diagnóstico y las propuestas del Consejo Engel[15].

Pero antes, resulta necesario hacer una prevención: una política eficaz de combate a la corrupción debe contener diferentes estrategias, y no cometer el error de creer que enmendando solamente los vacíos o deficiencias normativas se

15 Es esencial advertir que las materias tratadas por el Consejo han sido abarcadas anteriormente por instancias de similar naturaleza. Así, en 1994 la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción analizaba aspectos como los conflictos de interés, la regulación penal sobre corrupción o el financiamiento de la actividad política. Por su parte, el Grupo de Trabajo sobre Probidad y Transparencia (2006) abarcó aspectos como el financiamiento de la política, la regulación del *lobby*, transparencia, probidad e incompatibilidades en el ejercicio de la función pública. En cuanto al Consejo Engel, además de las medidas analizadas en el presente Informe Anual, también se pronunció sobre un conjunto de otras medidas. Entre ellas, diversas medidas a nivel municipal como limitar a dos períodos la reelección municipal, capacitar en materia de probidad a los/s funcionarios/as municipales, prohibir la contratación a honorarios por parte de los municipios durante las campañas electorales, entre otras. También consolidar a la Alta Dirección Pública (ADP) como un sistema profesional y de mérito y reformar el sistema de compras públicas, concesiones y gastos en defensa. Específicamente sobre esto último se recomendó "eliminar la Ley Reservada del Cobre y dotar de una mayor capacidad al Congreso Nacional para fortalecer el control, eficiencia y transparencia de las compras en Defensa, limitando los gastos fuera de presupuesto" (Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, 2015, pág. 44).

resolverá el problema. Esto es especialmente importante en un país como Chile, con una cultura legalista muy presente, que le otorga a las normas una preponderancia por sobre otras dimensiones de la acción del Estado, igualmente relevantes desde el punto de vista de los derechos humanos. La existencia de normas adecuadas para prevenir la corrupción es solamente una parte del problema, y la práctica requerirá de instituciones y programas específicos, cuya implementación permitan abordar las obligaciones del Estado de manera integral. Todo lo anterior debe comprenderse, ciertamente, en un marco respetuoso de los derechos humanos a fin de evitar que, como acontece en otras áreas, la prevención y sanción de la corrupción se conviertan en un fin que se vuelva contra los propios derechos de las personas.

PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

Una de las materias donde los tratados internacionales revisados hacen especial énfasis es en la prevención de la corrupción. Si bien esta tarea requiere más que la regulación jurídica, debiendo incluir un conjunto amplio de medidas, a continuación analizaremos la regulación existente desde una perspectiva de derechos humanos.

En primer lugar, la aprobación de la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública el 2008 constituye una herramienta relevante, toda vez que plantea como principio general la publicidad de la información pública, siendo su reserva o secreto una excepción que debe estar regulada por ley. Mandata la Ley que "la función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella" (artículo 3). Asimismo, "los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado" (artículo 5), agregando el inciso siguiente que "es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración". Como se ha planteado en la doctrina, la ley entrega un concepto amplio de publicidad de la información (Vial, 2010).

Además, recientemente se aprobó la Ley 20.730 que regula el *lobby* y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios, la que tiene por objeto regular "la publicidad en la actividad de *lobby* y demás gestiones que representen intereses particulares, con el objeto de fortalecer la transparencia y probidad en las relaciones con los órganos del Estado" (artículo 1). Con tal efecto, la ley regula las acciones de quienes ejercen el *lobby*, a los sujetos pasivos de la misma y las materias bajo su regulación. En su momento, el INDH planteó la relevancia de contar con una regulación de esta naturaleza para prevenir actos de corrupción y para "transparentar las relaciones entre autoridades públicas y grupos organizados de la sociedad, con el objeto de garantizar el derecho de toda persona a participar en igualdad de condiciones en el debate público, y observar que las decisiones de las autoridades se adopten en pos del bien común y no de intereses particulares" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 115).

A continuación, la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado (LBAE, 18.575) plantea en su artículo 5 que "las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública", y agrega en su artículo 11 bis, que "los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan". La ley define dicha probidad administrativa como la observancia de "una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular" (artículo 54, inciso segundo).

En cuanto al Congreso Nacional, su Ley Orgánica Constitucional (18.918) establece en el artículo 5 A que "los diputados y senadores ejercerán sus funciones con pleno respeto de los principios de probidad y transparencia", definiendo probidad en los mismos términos que el artículo 54 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado ya analizada. Para velar por el cumplimiento de esta obligación, el inciso undécimo establece que "cada Cámara deberá tener una Comisión de Ética y Transparencia Parlamentaria encargada de velar, de oficio o a petición

de un parlamentario, por el respeto de los principios de probidad, transparencia y acceso a la información pública, y de conocer y sancionar las faltas a la ética parlamentaria de los miembros de sus respectivas Corporaciones".

En lo que respecta al Poder Judicial, el Código Orgánico de Tribunales (COT) de 1943, en su artículo 324, establece que "el cohecho, la falta de observancia en materia sustantiva de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y la torcida administración de la justicia y, en general, toda prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen a los jueces, los deja sujetos al castigo que corresponda según la naturaleza o gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal". El inciso siguiente exime a los jueves y juezas de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que regulan el procedimiento, a la denegación y a la torcida administración de la justicia. No existiendo un fundamento para esta exclusión, no es justificada la distinción en la que el máximo tribunal del país queda fuera de la aplicación de la norma general, y debiera enmendarse[16].

Por su parte, la Corte Suprema, en su Auto Acordado sobre Principios de Ética Judicial y Comisión de Ética (2007), estableció en su artículo segundo que "toda persona que integra el Poder Judicial debe actuar con rectitud y honestidad, procurando prestar servicio satisfaciendo el interés general de la Justicia y desechando todo provecho o ventaja personal que pueda lograr por sí o a través de otras personas". Asimismo, el artículo tercero, acerca de integridad, establece que "todo miembro del Poder Judicial debe tener una conducta recta e intachable, de modo de promover la confianza de la comunidad en la Justicia". El artículo noveno bis prohíbe a jueces y juezas recibir estímulos pecuniarios, ya que "aparte de crear un ambiente público desfavorable a la función judicial en general, afecta seriamente la independencia e imparcialidad de esos funcionarios". Asimismo, el Auto Acordado establece una Comisión de Ética con el objeto de "prestar colaboración al Pleno de la Corte Suprema en el ejercicio de funciones, prevención, control y corrección del comportamiento de los Ministros y Fiscal del Tribunal" (artículo Décimo)[17].

Finalmente, el Código Penal (CP) establece un conjunto de delitos identificados actualmente como hechos de corrupción. La legislación penal juega un rol importante en materia de corrupción tanto para su sanción pero también por su efecto inhibidor. Parte del diagnóstico del Consejo Engel se refirió a que los delitos en materia de corrupción tienen penas bajas, que existe una debilidad del Estado para fiscalizar e investigar estos delitos y que se requiere la tipificación de nuevos delitos como el abuso de funciones o la corrupción entre privados (Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, 2015, págs. 45-46). Específicamente, el artículo 248 y siguientes desarrollan el delito de cohecho[18], el artículo 240 bis define el tráfico de influencias, el artículo 239 tipifica el fraude al fisco, y el artículo 233 tipifica el delito de malversación de fondos públicos.

A base de lo descrito, al INDH le preocupa la asimetría de regulaciones existentes, en el sentido que no es observable idéntica densidad de normas para los distintos poderes del Estado. Entendiendo que los actos de corrupción pueden involucrar a cualquiera de los poderes públicos, un abordaje adecuado debe propender a regular todo el ámbito público de forma integral.

Por su parte, al igual que los reportes de otros grupos de trabajo en esta materia, el Informe Final del Consejo Engel abarcó la prevención de la corrupción. En términos generales manifestó la necesidad de impulsar una agenda anticorrupción "mejorando regulaciones, fortaleciendo y adecuando capacidades institucionales y revisando el funcionamiento de áreas esenciales de la administración pública, para así fortalecer los procesos de modernización en apego a los principios de probidad e integridad" (Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, 2015, pág. 34).

16 Analizando el inciso segundo del artículo 324 del COT, Felipe Caballero concluyó que "la norma del inciso 2º del art. 324 del COT carece de fundamento racional para justificar el trato diferenciado que ella pretende establecer a favor de los miembros de la Corte Suprema" (Caballero, 2005).

17 Si bien el Auto Acordado no hace mención expresa a actos de corrupción, el objeto de la Comisión es lo suficientemente amplio para que pueda actuar ante esos acasos, considerando además que tiene entre sus principios rectores la probidad e integridad de la función judicial.

18 Los artículos que siguen al 248 constituyen tipificaciones agravadas de cohecho.

En cuanto al acceso a la información pública, el Consejo detectó que si bien la Ley 20.285 constituyó un avance, hoy su campo de aplicación debe ser ampliado y el Consejo para la Transparencia fortalecido, recomendando "equiparar y fortalecer las obligaciones que establece la Ley 20.285 sobre el derecho de acceso a la información del Poder Legislativo, del Poder Judicial y de órganos con autonomía constitucional, obligándolos a cumplir con el mismo estándar que se aplica al Poder Ejecutivo y extendiendo la competencia del Consejo para la Transparencia" (Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, 2015, pág. 47).

En materia de *lobby*, el Consejo Engel propuso que quienes hayan ejercido de *lobbistas* queden inhabilitados para asumir algún ministerio, subsecretaría o la dirección de servicios o superintendencias por el plazo de un año. En cuanto al Congreso Nacional, el Consejo propuso la exclusividad de la función parlamentaria y que quienes presten la asesoría parlamentaria no puedan ejercer como *lobbistas* o gestores de interés. Finalmente, el Consejo propuso que quienes hayan sido sujetos pasivos de *lobby* no puedan trabajar en empresas de *lobby* o realizando gestión de interés por un período de dos años desde el cese en el cargo[19].

Asimismo, los casos de corrupción del último año han evidenciado la necesidad de fortalecer la autonomía y revisar las facultades de un conjunto de órganos del Estado cuyo rol es fundamental para la investigación y sanción de los actos de corrupción, entendiendo que deben actuar libre de presiones de cualquier tipo que permitan ejecutar sus facultades de manera independiente e imparcial. Esto requiere revisar el diseño institucional en materia de corrupción, incluyendo el Servicio de Impuestos Internos, el Ministerio Público o el Consejo para la Transparencia.

En este ámbito, volviendo a lo planteado inicialmente, es necesario que la política anticorrupción combine el desarrollo de normas que penalizan la corrupción, junto a instituciones efectivas de control. De otro modo, existe el riesgo de que las normas sean meras formalidades, cuyos imperativos se burlen con facilidad.

CONFLICTOS DE INTERÉS

Uno de los primeros aspectos que fue objeto de regulación en Chile en materia de lucha contra la corrupción, fue la necesidad de transparentar los conflictos de interés. Una de las normativas donde se centró dicha regulación fue la LBAE ya señalada, la que incluye incompatibilidades que pesan sobre la función pública[20] y exige a un conjunto de autoridades presentar una declaración de intereses dentro del plazo de 30 días a partir de la asunción en el cargo[21]. Acorde al artículo 56, "son incompatibles con el ejercicio de la función pública las actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan" (inciso segundo), como también "las actividades de las ex autoridades o ex funcionarios de una institución fiscalizadora que impliquen una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización de ese organismo. Esta incompatibilidad se mantendrá hasta seis meses después de haber expirado en funciones" (inciso cuarto).

En este marco, cabe destacar el instructivo presidencial de marzo de 2015 que instruye la adopción de buenas prácticas

19 Son sujetos pasivos de *lobby* las personas que ejercen alguno de los cargos señalados en los artículo 3 y 4 de la Ley 20.730 que regula el *lobby* y las gestiones de representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios. Entre estos, los/as ministros, subsecretarios, jefes de servicios, directores regionales de servicios públicos, intendentes y gobernadores, secretarios regionales ministeriales y embajadores.

20 Así, "son incompatibilidades con el ejercicio de la función pública las actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan; y la representación de un tercero en acciones civiles deducidas en contra de un organismo de la Administración del Estado" (artículo 56, inciso segundo). El inciso siguiente agrega que son incompatibles "las actividades de las ex autoridades o ex funcionarios de una institución fiscalizadora que impliquen una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización de ese organismo. Esta incompatibilidad se mantendrá hasta seis meses después de haber expirado en funciones".

21 Tales autoridades son: Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Subsecretarios, los Intendentes y Gobernadores, los Secretarios Regionales Ministeriales, los Jefes Superiores de Servicio, los Embajadores, los Consejeros del Consejo de Defensa del Estado, el Contralor General de la República, los oficiales Generales y oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas y niveles jerárquicos equivalentes de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Alcaldes y Concejales y Consejeros Regionales. El inciso segundo del artículo 59 de la ley agrega además a "las demás autoridades y funcionarios directivos, profesionales, técnicos y fiscalizadores de la Administración del Estado que se desempeñen hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente". El artículo 5 C de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (18.918) establece la misma obligación para parlamentarias y parlamentarios.

en materia de declaraciones de patrimonio y de intereses, el que amplía el alcance de las obligaciones que la ley establece en esta materia. Así, la declaración de interés "deberá ampliarse [...] a todas las actividades profesionales y económicas del declarante, sean estas remuneradas, no remuneradas, gremiales o de beneficencia, en las que haya participado durante los dos años anteriores a la fecha de asunción en el cargo"[22]. Asimismo, el Instructivo amplía el contenido de la declaración de patrimonio. Habrá que evaluar en la práctica cuánto de lo promovido por este instructivo es efectivamente considerado por los actores interpelados.

Por último, en el ámbito del Congreso Nacional, respecto de votaciones particulares en la que parlamentarios/as no pueden participar, la Ley del Congreso Nacional señala que "los miembros de cada una de las Cámaras no podrán promover ni votar ningún asunto que interese directa o personalmente a ellos o a sus cónyuges, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, inclusive, o a las personas ligadas a ellos por adopción. Con todo, podrán participar en el debate advirtiendo previamente el interés que ellas, o las personas mencionadas, tengan en el asunto" (artículo 5 B). Agrega el inciso siguiente que "no regirá este impedimento en asuntos de índole general que interesen al gremio, profesión, industria o comercio a que pertenezcan, en elecciones o en aquellas materias que importen el ejercicio de alguna de las atribuciones exclusivas de la respectiva Cámara". Acerca de esta regulación, el INDH considera que resta evaluar la suficiencia de esta medida en la práctica, en tanto solo opera ante las hipótesis de nexos familiares y exime su aplicación para casos de conflictos de interés por motivos de gremio, profesión, industria o comercio, donde también debiese operar esta limitante para ser eficaz. Adicionalmente, su efectividad depende de cuánta información esté contenida en las declaraciones juradas y de patrimonio, instrumentos sin los cuales resulta difícil realizar una verificación eficaz.

En materia de conflictos de interés, el Consejo Engel constató "deficiencias que aún impiden una separación nítida entre función pública e intereses personales", como también que "aún queda camino para disminuir el riesgo de los conflictos de interés en el sector privado y no gubernamental" (Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, 2015, pág. 54). Respecto de las incompatibilidades, el Consejo propuso ampliar la prohibición actual, extendiéndola a exministros/as, subsecretarios/as y autoridades con facultades normativas y fiscalizadoras de mantener vínculos laborales o comerciales con instituciones privadas relacionadas con su función previa durante un año desde que cesa en el cargo, ni podrán contactar a funcionarios/as del organismo por materias relacionadas con su asunto de interés.

FINANCIAMIENTO DE LA POLÍTICA

La legislación actual en materia de financiamiento de la política está siendo objeto de debate público, lo que ha llevado a la presentación de diversos proyectos de ley, entre estos hay dos de especial interés desde una perspectiva de derechos humanos. Uno de ellos es el "proyecto de reforma constitucional que establece la cesación en los cargos de parlamentarios, alcaldes, consejeros regionales y concejales por infracción a las normas sobre transparencia, límites y control del gasto electoral (Boletín 10.000-07 y 9860-07 refundidos". El proyecto busca establecer la cesación en el cargo de diputados/as, senadores/as, alcaldes/as, concejeros/as regionales, concejales/as que hayan "infringido gravemente las normas sobre transparencia, límites y control del gasto electoral, desde la fecha que lo declare por sentencia firme el Tribunal Calificador de Elecciones, a requerimiento del Consejo Directivo del Servicio Electoral". El proyecto se encuentra en segundo trámite constitucional. Se debe especificar en qué consiste una infracción grave en esta materia, ya que eso permitiría un análisis apropiado de proporcionalidad donde se examine la idoneidad de la sanción (cesación del cargo). Si bien se desprende que el proyecto busca darle un sitial de mayor jerarquía a un determinado conjunto de normas y principios esenciales en una democracia (como la transparencia), no cualquier infracción a estas merece la cesación del cargo, por lo que es necesario que se establezcan causales objetivas de gravedad de la infracción.

En segundo lugar está el proyecto de ley relativo al fortalecimiento y transparencia de la democracia, el que busca

22 Presidencia de la República, Instructivo Presidencial que instruye la adopción de buenas prácticas en materia de declaraciones de patrimonio y de intereses, 19 de marzo de 2015, punto 5.b.ii.

modificar diversos cuerpos legales[23]. Junto con incorporar la obligación de toda persona que se inscriba para alguna candidatura de elección popular de acompañar su declaración de intereses y de patrimonio bajo apercibimiento de no ser inscrita la candidatura si no se cumple este requisito, el proyecto se enfoca principalmente en los aportes a la política, específicamente aportes a las campañas y a los partidos políticos en general[24], aspecto fundamental a regular considerando los principales casos de corrupción del año.

En cuanto al aporte a campañas políticas, de aprobarse, el proyecto modificaría articulados de la Ley 19.884 respecto de transparencia, límite y control del gasto electoral. Junto con ampliar la definición de "gasto electoral"[25], el proyecto además rebaja el monto máximo de gasto electoral para las candidaturas al Senado y a la Cámara de Diputados como también limita el aporte de personas a campañas electorales y elimina el anonimato de los aportes privados inferiores a 20 unidades de fomento (UF), entre otros aspectos. El punto de mayor debate en el proyecto se refiere a la prohibición a personas jurídicas de realizar aportes a las campañas electorales.

En cuanto a los aportes a los partidos políticos, el proyecto busca reformar la Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos (18.603), de manera que ninguna persona pueda aportar más de 250 U.F. a los partidos, y crea además un sistema de financiamiento de los mismos donde el Estado realiza un aporte trimestral por medio del Servicio Electoral[26-27]. Uno de los requisitos para acceder a este fondo es contar con representación parlamentaria en alguna de las cámaras del Congreso Nacional, es decir, el proyecto deja fuera del financiamiento a los partidos políticos sin representación en el Congreso.

Finalmente, el proyecto en su articulado transitorio establece la obligación de los partidos políticos de reinscribir a sus afiliados/as[28]. Sin embargo, el proyecto contrariamente a la recomendación del Consejo Engel que sugería reinscribir a la totalidad de las personas afiliadas, establece que dicha reinscripción debe ser en "un número de afiliados equivalente al exigido por la Ley Nº 18.603, para constituirse como partido en cada región" (artículo segundo transitorio, inciso primero), esto es, el 0,25% de los/as afiliados/as.

El INDH destaca la aprobación del proyecto de reforma constitucional que otorga autonomía constitucional al Servicio Electoral (SERVEL), agregando un artículo 94 bis a la CPR[29].

23 Boletín 9790-07, actualmente en segundo trámite constitucional. El análisis del proyecto desarrollado en el presente capítulo es en base al texto aprobado de manera general por el Senado en agosto de 2015. El proyecto busca la modificación de las LOC 18.700 sobre votaciones populares y escrutinios; 19.884 sobre transparencia, límite y control del gasto electoral; LOC 18.603 de los partidos políticos; y 20.640 que establece el sistema de elecciones primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, parlamentarios y alcaldes.

24 Aportes en campaña se refiere a la recaudación que se lleva a cabo para financiar los gastos electorales propios de un acto electoral, mientras que los aportes a los partidos políticos son contribuciones para financiar el funcionamiento del partido en todas las otras actividades que llevan a cabo durante el año.

25 La actual definición está planteada como todo desembolso en que se incurra para el financiamiento de un acto electoral (equipos, oficinas, servicios, etc.), mientras que el proyecto la define como "todo desembolso en dinero o avaluable en dinero, realizado por el candidato o un tercero en su favor [para el financiamiento de un acto electoral]" (lo destacado es del INDH). Como se aprecia, la definición no se agota en el monto de dinero ni en los gastos realizados únicamente por la persona candidata, ampliando el marco de rendición de cuenta en una campaña.

26 Según el proyecto de ley, "Este aporte se calculará de un monto total anual constituido por el equivalente a cero coma cero cuatro unidades de fomento multiplicado por el número de votos válidamente emitidos en la última elección de diputados a favor de candidatos inscritos en algún partido político y de candidatos independientes asociados a algún partido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3º bis de la Ley Nº 18.700, sin perjuicio de lo anterior, dicho aporte nunca podrá ser inferior a la cifra en pesos equivalente a cero coma cero cuatro unidades de fomento multiplicado por el cuarenta por ciento del total de personas con derecho a sufragio inscritas en el Padrón Electoral que haya utilizado el Servicio Electoral para la última elección de diputados, ni superior a la cifra en pesos equivalente a cero coma cero cuatro unidades de fomento multiplicado por el sesenta por ciento del referido total de personas".

27 El proyecto de ley establece que el sistema de financiamiento se repartirá de dos maneras: a. El 20% del fondo se distribuirá entre todos los partidos políticos que cumplan con los requisitos para optar al aporte, de manera proporcional al número de regiones en las que estén constituidos y b. 80% se reparte siguiendo un criterio acorde al número de votos obtenidos en la última elección de diputados/as. En este sentido, el debate planteado en el capítulo en torno a la representación parlamentaria como requisito para acceder al fondo, aplica al primer criterio de distribución.

28 La ratificación según el proyecto consiste en reafirmar "su voluntad de permanecer en tal calidad en el respectivo partido, la que deberá realizarse de forma personal e indelegable ante un ministro de fe y utilizando el formulario único que para este fin elaborará el Servicio Electoral dentro del mismo plazo establecido en el artículo tercero transitorio".

29 A la fecha de cierre de este Informe Anual, el proyecto de ley estaba a la espera de ser promulgado y publicado. Señala el inciso primero del artículo 94 bis: "Un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, denominado Servicio Electoral, ejercerá la administración, supervigilancia y fiscalización de los procesos electorales y plebiscitarios; del cumplimiento de las normas sobre transparencia, límite y control del gasto electoral; de las normas sobre los partidos políticos, y las demás funciones que señale una ley orgánica constitucional".

Con todo, la reforma se limita a dotar de autonomía constitucional, manteniendo la regulación ya existente en la Ley Orgánica Constitucional sobre el sistema de inscripciones electorales y servicio electoral (18.556), esto implicaría dejar la propuesta del Consejo cumplida parcialmente.

En cuanto al aporte a campañas políticas por parte de personas jurídicas, la práctica ha demostrado que la actual legislación ha dado pie a abusos, siendo necesaria su modificación. Debido al impacto que dichas prácticas han tenido en el principio de igualdad y no discriminación y en las condiciones para el ejercicio del derecho a la participación política, el INDH estima que no debieran estar permitidos los aportes económicos a las campañas electorales por parte de personas jurídicas. En el caso que el legislador regule esta posibilidad favorablemente, el Instituto considera que estos aportes debieran ser totalmente transparentes, es decir, sin posibilidad de anonimato por parte de quien los realiza.

En materia de financiamiento, el Consejo Engel sostuvo que el modelo imperante desde 2003 "reducía el aporte público solo a la competencia electoral y dejaba en manos de privados, y en la capacidad de los propios partidos, la recaudación de fondos para solventar gastos asociados a las otras acciones y obligaciones que los partidos deben cumplir", lo que "ha abierto importantes zonas de riesgo para la captura de agendas partidarias de intereses particulares, y para prácticas que vulneran el marco regulatorio, incluyendo faltas e ilegalidades" (Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, 2015, pág. 66). Por lo mismo, el Consejo propuso la modificación del sistema actual de financiamiento por uno que genere equilibrio entre aportes públicos y privados, y que disminuya los riesgos de captura por parte de intereses particulares. Esto implica crear una nueva Ley de Partidos Políticos que obligue a reinscribir a los/as militantes de los partidos políticos existentes con el objeto de actualizar los padrones electorales[30]. En esta línea, la mayoría del Consejo propuso la prohibición para personas jurídicas de realizar aportes a los partidos políticos y a las campañas electorales.

30 Al respecto en el Informe Final se propone crear un fondo público de fortalecimiento al accionar programático de los partidos, donde 20% se reparta igualitariamente entre todos los partidos inscritos y 80% se reparta de manera proporcional según los resultados de la última elección de la Cámara de Diputados.

Asimismo, también por voto de mayoría se propuso dotar a los partidos políticos de mayores instancias de democracia interna con perspectiva de género y de mayor transparencia en su actuar, y dotar de mayor autonomía al Servicio Electoral, con el objeto de que pueda fiscalizar el cumplimiento de estas medidas.

En cuanto al requisito que pretende establecerse a los partidos políticos de contar con representación parlamentaria para acceder a fondos públicos, cabe considerar que la Corte IDH ha señalado que las restricciones a los derechos políticos no deben ser discriminatorias, sino que basarse en criterios razonables y por medios proporcionales[31]. La CPR establece en su artículo 1 inciso tercero que reconoce y ampara a los grupos intermedios de la sociedad –entre ellos los partidos políticos– "y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos". A lo anterior, el artículo 19 N° 15 inciso sexto señala que "la Constitución Política garantiza el pluralismo político". Una interpretación armónica de todos estos preceptos y estándares internacionales llevan a concluir que el fondo presupuestario propuesto en el proyecto de ley es un medio donde el Estado ampara a los partidos políticos como grupos intermedios de la sociedad y que, siendo la falta de financiamiento un obstáculo para su funcionamiento, el acceso a dicho fondo promueve el pluralismo político al permitir que todos aquellos partidos que cumplan con los requisitos formales en su constitución puedan participar del debate público, ello permite no solamente su participación, sino que la ciudadanía acceda a diversos puntos de vista. Así, el INDH estima que el requisito de contar con representación parlamentaria para acceder a una parte de dicho fondo, si bien es un criterio objetivo, resulta discutible su razonabilidad, como exigen los estándares internacionales revisados, ya que también podrían operar otros criterios, como por ejemplo, el de contar con representatividad a nivel local.

31 Corte IDH, caso Yatama v. Nicaragua, 23 de junio de 2005, párr. 206. Específicamente la Corte señaló: "La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue". Ver también, Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 25: La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 1996.

Finalmente, en cuanto a la reinscripción de los/as militantes de los partidos políticos, para el INDH es relevante que la determinación definitiva que tome el legislador acerca de este punto sea, de las opciones en debate, la que favorezca en mayor medida la transparencia de los partidos. Asimismo, el Instituto estima que la reinscripción debiera ser gratuita, en atención al interés público que está en juego en la implementación de esta medida.

CONFIANZA EN LOS MERCADOS E INTEGRIDAD, ÉTICA Y DERECHOS CIUDADANOS

Como se ha planteado, la lucha contra la corrupción no se agota en modificar la normativa existente, sino que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas de distinta naturaleza tendientes a la prevención de tales actos. Dichas medidas deben atender tanto al sector público como al privado de forma integral.

Al respecto, el INDH ha planteado que "en Chile se han realizado esfuerzos por parte de organizaciones de la sociedad civil y autoridades políticas por crear una Defensoría del Pueblo u *Ombudsperson*, entendiendo que sería una institución capaz de dar respuesta a diversas demandas sociales, como el acceso a la justicia –al brindar una defensa técnica profesional– para grupos vulnerados como respuesta a posibles vulneraciones de sus derechos" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 102). Desde el derecho internacional de los derechos humanos, la referencia a la necesidad de crear una Defensoría Ciudadana u *Ombudsperson* ya ha sido planteada al Estado de Chile[32].

El INDH también planteó en sus informes anuales (2012, 2013 y 2014) la necesidad de que el Estado fortalezca las atribuciones y la independencia de los órganos fiscalizadores, de manera que sean totalmente autónomos.

Al respecto, el Consejo Engel planteó la reforma de las entidades públicas fiscalizadoras, específicamente las superintendencias, dotándolas de "una mayor independencia y un sistema de contrapesos" (Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, 2015, pág. 84). Así, para el Consejo entidades como la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) y la de Valores y Seguros (SVS) deben estar gobernadas por consejos o comisiones colegiadas, cuyos/as integrantes estén designados por mecanismos que aseguren su autonomía e independencia. Además, el Consejo abarca la necesidad de reforzar los gobiernos corporativos de las empresas, de modo de "profundizar los mecanismos que limitan los conflictos de interés al interior de la administración de la empresa" (Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, 2015, pág. 87). Entre estas medidas destacan el establecimiento de criterios que los/as auditores/as internos/as verifiquen de manera razonable la veracidad de la información que se incluye en los balances y establecer grados de obligatoriedad y de publicidad de los mecanismos de contraloría internos[33].

Otra esfera relevante para la lucha contra la corrupción es la integridad, ética y derechos ciudadanos. El Consejo planteó su relevancia, ya que "sociedades que tienen bajos niveles de corrupción y donde se logra separar de forma adecuada la esfera pública de los intereses particulares son aquellas donde estos fenómenos no son tolerados por sus ciudadanos, donde los estándares éticos exceden los mínimos legales y donde existen sistemas adecuados para educar, difundir y acompañar el fortalecimiento de la integridad" (Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, 2015, pág. 89). Entre las propuestas está la inclusión de la formación ciudadana en las bases curriculares desde el Segundo Nivel de Transición (Kínder) hasta Cuarto Medio, como también que cada establecimiento educacional incluya de manera integral, transversal y pormenorizada en su proyecto educativo la formación ética y ciudadana.

OBSERVACIONES CRÍTICAS

El Informe del Consejo Engel ha sido acogido positivamente por amplios sectores políticos y sociales. No obstante, y en consistencia con el análisis que el INDH hace en este Informe Anual acerca del rol de las organizaciones de la sociedad civil

32 Ver Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal: Chile, A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009, párr. 96.11.

33 Ver Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, artículo 12 sobre "Sector Privado".

(OSC) en una sociedad democrática[34], especialmente en el contexto de la pérdida de credibilidad en las instituciones del Estado y en el sector empresarial, cuyo financiamiento ha permeado el quehacer público en desmedro de los derechos humanos, llama la atención que en su informe no se analizara el potencial de las OSC para promover la probidad y combatir la corrupción. Si bien el INDH considera relevante y necesario el financiamiento público de los partidos políticos recomendado por el Consejo Engel, para impedir su dependencia de otros sectores, llama la atención que no se haya considerado en este informe para estos efectos el financiamiento de las OSC, en particular de aquellas que tienen como mandato específico promover la transparencia y la probidad.

Junto a lo anterior, el INDH lamenta que el Informe Final tampoco haya integrado elementos respecto del Poder Judicial. Como se señalara, la corrupción puede involucrar a cualquiera de los tres poderes del Estado, por lo que hubiese sido un aporte considerar medidas respecto de ese poder en concreto.

El INDH además manifiesta su preocupación por la lenta o nula implementación de las recomendaciones del Consejo Engel, y la reacción adversa por parte de algunos partidos políticos frente a ellas.

34 Ver apartado "Institucionalidad democrática" en este mismo informe.

CUADRO INFORMATIVO: LOS ESCÁNDALOS DE CORRUPCIÓN

El cuadro a continuación resume los hechos de los principales casos de corrupción del último año, sin perjuicio de que otros nuevos se han ido conociendo.

Caso Caval	En febrero de 2015 una revista publicó un reportaje donde reveló que el Banco de Chile había aprobado, un día después del triunfo de Michelle Bachelet en segunda vuelta presidencial en diciembre de 2013, un crédito a favor de Caval –empresa a nombre de Mauricio Valero y Natalia Compagnon, esposa de Sebastián Dávalos Bachelet, hijo de la Presidenta de la República– por 6.500 millones de pesos para la compra de tres predios en la comuna de Machalí, en la Región de O'Higgins. El negocio especulativo detrás de la compra de los terrenos era venderlos con posterioridad a que se aprobara el cambio del plan regulador, ya que al pasar a ser predio urbano su valor de venta sería mayor. Si bien el cambio del plan regulador no se concretó, en enero de 2015 Caval firmó un contrato de compraventa con la Inmobiliaria Ruta 86, donde acordaron un precio de venta de 9.500 millones de pesos (Qué Pasa, 2015)[35]. Posteriormente, el caso se judicializó.
Caso Penta	En diciembre de 2013 se conoció por medios de comunicación de un millonario fraude al Servicio de Impuestos Internos (SII). Dos exfuncionarios del SII –fiscalizadores del departamento de Operación Renta– y dos contadores fueron detenidos por fraude al Fondo de Utilidades Tributarias (FUT) (El Pulso, 2013). En julio de 2014 el Grupo Penta tomó conocimiento de que el director del *holding* estaba relacionado con el caso por vínculos con uno de los investigados. Las denuncias se ampliaron hasta involucrar a los controladores de Penta, quienes presuntamente entregaban sus contraseñas para emitir boletas ideológicamente falsas[36] (El Dínamo, 2015) y realizaban aportes económicos a campañas electorales (CIPER, 2014). En virtud de estos antecedentes, en agosto de 2014 el SII extendió la denuncia por fraude tributario a los controladores de Penta. A partir de este hecho comenzó a publicarse en los medios más información referida al financiamiento irregular de campañas políticas, que involucrarían a políticos/as tanto de la Alianza como del movimiento Fuerza Pública. En octubre de 2014 la Cámara de Diputados creó una comisión investigadora y en febrero de 2015 Sabás Chahuán, Fiscal Nacional, asumió la investigación del caso Penta, donde en marzo se realizaron las audiencias de formalización a 10 imputados, de ellos seis quedaron en prisión preventiva (ADN Radio, 2015). El proceso judicial sigue en curso en su primera instancia.
Caso Soquimich (SQM)	El caso SQM constituye una arista del caso Penta. La Sociedad Química y Minera de Chile (SQM o Soquimich), empresa dedicada a la extracción y procesamiento de minerales (litio, salitre y potasio), está siendo investigada por emitir boletas ideológicamente falsas para financiar campañas políticas tanto a candidaturas de la Alianza, de la Nueva Mayoría y del Partido Progresista. Se trataría de 237 facturas falsas, por un monto de $ 2.202 millones y 609 boletas de honorarios falsas, que sumarían otros $ 2.145 millones, emitidos en el período correspondiente a los años tributarios 2009 al 2014 (*El Mercurio*, 2015). El escándalo generó una tensión al interior del Estado, poniendo en discusión la institucionalidad para enfrentar estos casos, especialmente respecto de las competencias del SII y del MP, y el grado de autonomía respecto de la autoridad política de turno que tiene el SII para operar.
Caso Corpesca	El 2012 estaba en pleno debate en el Congreso Nacional la modificación a la Ley General de Pesca y Acuicultura (18.892), que culminó con la aprobación de la Ley 20.657. Desde mayo de 2013 en adelante se conocieron dos casos de pagos a parlamentarios por parte de la empresa Corpesca S.A., durante la última campaña electoral parlamentaria y a lo largo de la tramitación del proyecto de ley de pesca. En julio de 2015, el Ministerio Público declaró secreta la investigación y el Senado abrió una investigación mediante su Comisión de Ética.

Fuente: elaboración propia.

35 Disponible en http://www.quepasa.cl/articulo/actualidad/2015/02/1-16218-9-un-negocio-caval.shtml/

36 Estas consisten en boletas emitidas por terceros a empresas, las que pagan por servicios que nunca fueron realmente prestados. Esta acción está sancionada en el artículo 97 Nº 4 del Código Tributario, donde su inciso final señala: "El que maliciosamente confeccione, venda o facilite, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas, falsas, con o sin timbre del Servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en este número, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y con una multa de hasta 40 unidades tributarias anuales".

BIBLIOGRAFÍA

ADN Radio (7 de marzo de 2015). *Justicia decretó prisión preventiva para Délano, Lavín, Wagner, Bravo, Álvarez y Castro.* Obtenido de http://www.adnradio.cl/noticias/nacional/justicia-decreto-prision-preventiva-para-delano-lavin-wagner-bravo-alvarez-y-castro/20150307/nota/2663000.aspx

Caballero, F. (diciembre de 2005). El artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales y el principio de igualdad en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho*, 18(2).

Centro de Estudios Públicos (agosto de 2015). Encuesta CEP. Estudio Nacional de Opinión Pública. Santiago.

CIPER (10 de mayo de 2013). *Ex asesor de diputada Marta Isasi revela pagos de Corpesca para financiar campañas políticas.* Obtenido de http://ciperchile.cl/2013/05/10/ex-asesor-de-diputada-marta-isasi-revela-pagos-de-corpesca-para-financiar-campanas-politicas/.

CIPER (7 de octubre de 2014). La lista de las donaciones a campañas del ex ejecutivo de Penta. Obtenido de http://ciperchile.cl/2014/09/30/la-caja-negra-de-las-platas-politicas-que-sacude-a-la-udi/ http://ciperchile.cl/2014/10/07/la-lista-de-las-donaciones-a-campanas-del-ex-ejecutivo-de-penta/

CNN Chile (20 de agosto de 2015). *Cristián Vargas confirmó presiones del Ministerio del Interior y parlamentarios al SII.* Obtenido de http://www.cnnchile.com/noticia/2015/08/20/cristian-vargas-confirmo-presiones-del-ministerio-del-interior-y-parlamentarios-al-sii

Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción (24 de abril de 2015). *Informe Final.*

Corpesca (2014). *Memoria Anual.*

El Dínamo (29 de enero de 2015). *Boletas y facturas ideológicamente falsas: el delito más expandido que es casi imposible de detectar para el SII.* Obtenido de http://www.eldinamo.cl/pais/2015/01/29/boletas-ideologicamente-falsas-el-delito-mas-expandido-y-dificil-de-detectar-para-el-sii/

El Mercurio (13 de mayo de 2015). *Caso Caval: Fiscalía incauta cuatro computadores desde Municipalidad de Machalí.* Obtenido de http://www.emol.com/noticias/nacional/2015/05/13/716693/caso-caval-fiscalia-incauta-cuatro-computadores-desde-municipalidad-de-machali.html

El Mercurio (2015 de febrero de 2015). *Penta: Cuñada de Wagner sabía que boletas iban a campañas políticas.* Obtenido de http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/caso-penta/penta-cunada-de-wagner-sabia-que-boletas-iban-a-campanas-politicas/2015-02-17/070428.html

El Mercurio (31 de mayo de 2015). Senador Orpis admite que hubo "financiamiento irregular", pero niega haber cometido delitos.

El Mercurio (5 de abril de 2015). SII suma denuncia contra gerentes de SQM y presenta numerosas boletas vinculadas a políticos.

El Mostrador (22 de septiembre de 2015). *Caso Caval: declaración de Cordero apuntan a posible cohecho en licitaciones en Salud y salpica a La Moneda.* Obtenido de http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/09/22/caso-caval-declaracion-de-cordero-apuntan-a-posible-cohecho-en-licitaciones-en-salud-y-salpica-tambien-a-la-moneda/

El Mostrador (25 de febrero de 2015). *Secretaria de Lavín reconoce ante la Fiscalía uso de dineros irregulares de SQM en campaña senatorial del 2009.* Obtenido de http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/02/25/secretaria-de-lavin-reconoce-ante-la-fiscalia-uso-de-dineros-irregulares-de-sqm-en-campana-senatorial-del-2009/

El Mostrador (23 de febrero de 2015). SQM suma y sigue: escritor Rivera Letelier, hijo de Longueira y más de 30 nombres vinculados a la política le boletearon en 2010. Obtenido de http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/02/23/sqm-suma-y-sigue-escritor-rivera-letelier-hijo-de-longueira-y-mas-de-30-nombres-vinculados-a-la-politica-le-boletearon-en-2010/

El Pulso (3 de diciembre de 2013). *Fradue FUT: Formalizan a exfuncionarios del SII*. Obtenido de http://www.pulso.cl/noticia/economia/economia/2013/12/7-34421-9-fraude-fut-formalizan-a-ex-funcionarios-del-sii.shtml

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

International Council on Human Rights Policy (2009). *La corrupción y los derechos humanos: Estableciendo el vínculo.*

La Tercera (26 de octubre de 2014). *La trampa original.* Obtenido de http://www.latercera.com/noticia/politica/2014/10/674-601873-9-la-trampa-original.shtml

La Tercera (19 de febrero de 2015). *Caso Caval: incautan computador y mails de Seremi de Vivienda.* Obtenido de http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/02/674-617474-9-caso-caval-incautan-computador-y-mails-de-seremi-de-vivienda.shtml

La Tercera (7 de octubre de 2015). *Iván Moreira anuncia que se abstendrá en votación para Fiscal Nacional.* Obtenido de http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/10/674-650435-9-ivan-moreira-anuncia-que-se-abstendra-en-votacion-para-fiscal-nacional.shtml

La Tercera (6 de septiembre de 2015). *Los correos que contradien a Rossi*. Obtenido de http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/09/674-646047-9-los-correos-que-contradicen-a-rossi.shtml

La Tercera (22 de septiembre de 2015). *SII presenta querella criminal contra Contesse por delito tributario en SQM Salar.* Obtenido de http://www.latercera.com/noticia/negocios/2015/09/655-648278-9-sii-presenta-querella-criminal-por-delito-tributario-contra-sqm-salar.shtml

Nash, C., Bascur, M. L., & Aguiló, P. (2014). *Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Santiago.

Poderopedia (20 de marzo de 2015). *Sociedad Caval Limitada.* Obtenido de http://www.poderopedia.org/cl/empresas/Sociedad_Caval_Limitada#tab_fuentes .

Publimetro (16 de febrero de 2015). *Diputados RN interponen denuncia para investigar el caso Dávalos-Caval: acusan tráfico de influencias.* Obtenido de http://www.publimetro.cl/nota/politico/diputados-rn-interponen-denuncia-para-investigar-el-caso-davalos-caval-acusan-trafico-de-influencias/xIQobp!er1Mmnki6NJUA/

Qué Pasa (20 de mayo de 2015). *Michel Jorratt: "Hubo presiones desde Interior para que no nos siguiéramos metiendo en SQM".* Obtenido de http://www.quepasa.cl/articulo/negocios/2015/05/16-16930-9-michel-jorratt-hubo-presiones-desde-interior-para-que-no-nos-siguieramos.shtml/

Qué Pasa (5 de febrero de 2015). Un negocio Caval.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2008). *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión.* Washington D.C.

T13 (1 de octubre de 2014). *Novoa: "No existe ni ha existido un sistema de financiamiento ilegal para la UDI".* Obtenido de http://www.t13.cl/noticia/actualidad/novoa-no-existe-ni-ha-existido-un-sistema-de-financiamiento-ilegal-para-la-udi

T13 (14 de septiembre de 2015). *SQM: Giorgio Martelli queda con arresto domiciliario total*. Obtenido de http://www.t13.cl/noticia/politica/sqm-giorgio-martelli-arresto-domiciliario-total

T13 (9 de enero de 2015). *UDI ofrece disculpas, asume irregularidades y pide igual celo para otros sectores.* Obtenido de http://www.t13.cl/noticia/actualidad/udi-pide-y-reconoce-irregularidades-personales-en-caso-penta

The Clinic (16 de marzo de 2015). *Oficio de la Fiscalía ordenó incautar computador y celular de Dávalos desde La Moneda.* Obtenido de http://www.theclinic.cl/2015/03/16/la-moneda-entrego-computador-celular-y-correos-de-sebastian-davalos-la-fiscalia/

The Clinic online (29 de mayo de 2015). *Exclusivo: Así era la "mesada" que recibía el senador Jaime Orpis del grupo Angelini.* Obtenido de http://www.theclinic.cl/2015/05/29/exclusivo-asi-era-la-mesada-que-recibia-el-senador-udi-jaime-orpis-del-grupo-angelini/.

Vial, T. (2010). La Ley de Transparencia y acceso a la información pública: esquema general y regulación del derecho de acceso a la información pública. *Anuario de Derecho Público.*



INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS

Fotografía: Enrique Cerda



2 INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS

ANTECEDENTES

El INDH ha planteado que "es necesario contar con una arquitectura institucional capaz de responder a las obligaciones de respeto, garantía y protección de los derechos humanos, de manera de contar con las instituciones adecuadas para la defensa de los derechos humanos, con las facultades apropiadas y con una legislación que dote al Estado de las herramientas necesarias" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 81).

El estudio de dicha institucionalidad abarca tanto el análisis de organismos públicos específicos (existentes o en proceso de creación) como también de proyectos de ley o normativa vigente que debe favorecer dicha arquitectura institucional. En opinión del INDH, los diseños institucionales necesarios para garantizar derechos humanos deben ser concebidos, diseñados e implementados con una mirada integral. Esto es, el diseño e implementación de instituciones, normas y políticas debe cumplir con estándares internacionales de derechos humanos, y para ello debe poder complementarse y coordinar su acción con otras institucionalidades existentes, contar con presupuestos acordes y garantizar un desempeño eficiente y eficaz, cuya especificidad de tareas no inhiba una comprensión integral acerca de el sentido de la función. Este año se ha avanzado en el desarrollo de institucionalidad orientada a la promoción de los derechos humanos, quedando pendiente lo referido a la protección de los mismos, aspecto en el que no se ha avanzado y que debe ser abordado por el Estado.

Este apartado analiza distintas reformas aprobadas este año, proyectos actualmente en discusión legislativa, y acciones de política, que si bien varían en su naturaleza y funciones, forman parte de la red de institucionalidad democrática que debiera permitir al Estado cumplir con sus obligaciones generales en materia de derechos humanos. En este sentido, el análisis es acotado a la institucionalidad o medida legislativa en discusión, sin ahondar en un diagnóstico general respecto de la situación del país en ese ámbito particular.

En esta materia el INDH destaca como un avance del año que debe ser especialmente reconocido la publicación de la Ley 20.840 que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional. No obstante, el INDH estará atento a cómo el sistema opere en la práctica.

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

En su Informe Anual 2014, el INDH planteó que "actualmente, el modelo constitucional en Chile está en debate y la legitimidad de la Constitución Política de la República de 1980 […] está puesta en cuestión por diversos sectores de la sociedad", agregando que "la Constitución Política vigente no constituiría un acuerdo social reflejo del momento histórico actual" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, p. 17). Con anterioridad, el INDH ya había planteado otros problemas presentes en la Constitución actual, desde el punto de vista de los derechos humanos[1].

1 A lo largo de sus Informes Anuales, el INDH ha planteado diversas debilidades de la Constitución en materia de derechos humanos. Entre ellas, débil reconocimiento y protección de los derechos económicos, sociales y culturales (educación, salud, agua, vivienda adecuada, previsión social y trabajo); falta de reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas; y derogación de la suspensión del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad en prisión preventiva. Si bien estas temáticas están presentes en diversos Informes Anuales ver, en particular, INDH, Informe Anual 2014, Capítulo Constitución y Derechos Humanos.

El debate acerca de la "cuestión constitucional" se ha mantenido a lo largo del año, y en octubre de 2015 la presidenta Michelle Bachelet dio a conocer la planificación en base a la cual se dará inicio a dicho proceso. Al respecto, la mandataria señaló que "la actual Constitución tuvo su origen en dictadura, no responde a las necesidades de nuestra época ni favorece a la democracia. Ella fue impuesta por unos pocos sobre la mayoría, por eso nació sin legitimidad y no ha podido ser aceptada como propia por la ciudadanía", agregando que "tiene mecanismos que obstaculizan el pleno ejercicio de la democracia y que no pueden ser eliminados con nuevos intentos parciales. Por eso, ha llegado el momento de cambiarla"[2-3].

Junto a lo anterior, la Presidenta anunció las etapas del proceso constituyente y los mecanismos que podrán utilizarse para su modificación[4]. La primera etapa que se inició en octubre de este año consiste en una fase de educación cívica y constitucional. La segunda, que se iniciaría en marzo de 2016, consiste en el impulso de diálogos ciudadanos a nivel comunal y regional, cuyo resultado sería un documento con las "Bases ciudadanas para la Nueva Constitución", el que le sería entregado a la Presidenta durante el segundo semestre de 2016. En esta etapa se considera la conformación de un consejo ciudadano de observadores para dar garantías de transparencia. El segundo semestre de 2016 se enviaría un proyecto de una reforma para habilitar al próximo Congreso a decidir el mecanismo en que se discutirá el proyecto de cambio a la Constitución. El Parlamento podrá decidir entre una Comisión Bicameral compuesta por un grupo de senadores y diputados, una Convención Constituyente mixta que incluya parlamentarios y ciudadanos, una Asamblea Constituyente y un Plebiscito para que la ciudadanía decida entre las tres opciones anteriores. Durante el segundo semestre de 2017 la Presidenta enviaría al Congreso el proyecto de nueva Constitución. Finalmente, el 2018 el Parlamento elegido en 2017 decidiría el mecanismo constituyente y discutiría el proyecto de Nueva Constitución[5].

Desde una perspectiva de derechos humanos[6], del proceso anunciado se destaca que integre una etapa de educación cívica y constitucional para informar a la ciudadanía relativo al proceso constituyente, poniéndola en conocimiento no solo de las etapas y de los mecanismos de participación, sino que también de la relevancia del proceso, no obstante la corta duración de la misma (octubre 2015 a marzo 2016), lo que podría eventualmente atentar contra su eficacia. De la misma forma, es muy importante la manera concreta en que se llevará a cabo el proceso de entrega de información y de educación cívica para evitar toda instrumentalización. Asimismo, el proceso constituyente requiere ser lo más participativo posible y que los mecanismos sean transparentes y conocidos para garantizar la más amplia participación.

En opinión del INDH, dicho proceso deberá cuidar tanto los contenidos como la metodología del proceso[7]. En cuanto a lo primero, el contenido de "Educación cívica y constitucional" debiera incorporar información acerca de los derechos humanos involucrados en este proceso, la que deberá estar disponible en un lenguaje claro, sencillo y en distintas lenguas. Además, en cuanto a la metodología, el

2 Discurso de la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, mediante cadena nacional televisiva transmitida el 13 de octubre de 2015.

3 El aviso del proceso constituyente obtuvo diversas reacciones desde el mundo político. El Senador y vocero de Vamos Chile, Hernán Larraín, planteó que "no queremos que hablen de una nueva Constitución sin que le digan a los chilenos cuál es el proyecto, cuáles son los contenidos de constitución que quieren para Chile, y ahí tengamos el debate. De lo contrario estamos de alguna manera engañando a la gente llevándola al mundo de ilusiones" (La Tercera, 2015). En la misma línea el ex Presidente Sebastián Piñera señaló que "voy a proponer a Vamos Chile que presente en forma breve un proyecto de reforma constitucional con contenidos claros y concretos que permita en forma participativa poder aprobar una nueva Constitución la cual en mi opinión debiera ser posteriormente sometida a un plebiscito para su aprobación definitiva" (La Tercera, 2015). Por su parte, el vocero de la Nueva Mayoría y Presidente del Partido Radical, Ernesto Velasco, señaló que "en general la sociedad tenemos que pensar en Chile, y darnos una institucionalidad democrática que sea el marco que regule nuestra convivencia socio-política", agregando que el proceso constituyente debe tener "el más amplio nivel de debate y ojalá el más amplio consenso ciudadano" (El Mercurio, 2015).

4 En su estructura general, el proceso consta de 7 etapas: (i) Educación cívica y constitucional; (ii) Diálogos ciudadanos libres, transparentes, sin presiones; (iii) Entrega de las Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución a la Presidenta de la República; (iv) Reforma constitucional para una nueva Constitución; (v) Envío de propuesta de Nueva Constitución; (vi) Discusión y aprobación de la nueva Constitución; (vii) Plebiscito de ratificación.

5 Ver http://www.gob.cl/2015/10/13/infografia-conoce-las-etapas-del-proceso-constituyente/

6 Ver, INDH, Informe Anual 2014, Capítulo Constitución y Derechos Humanos, páginas 17 y siguientes.

7 El INDH en su Informe Anual 2014 planteó que independiente del mecanismo utilizado para la reforma constitucional, todo mecanismo debía cumplir ciertos mínimos. A saber: (i) confianza ciudadana; (ii) participación; (iii) participación de grupos vulnerados; (iv) paridad entre hombres y mujeres; (v) representación territorial; (vi) transparencia y acceso a la información; y (vii) igualdad del voto.

Instituto planteó como requisito de todo mecanismo, que sea participativo, lo que incluye garantizar la participación de los grupos vulnerados o históricamente discriminados y que integre normas de paridad para la igual participación de hombres y mujeres en el debate constitucional (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, p. 33). Así, "la Constitución debe ser un reflejo de los acuerdos mínimos dentro de una sociedad democrática [donde se exprese] el consenso esencial que proporciona las bases para la cohesión del cuerpo social y en el que también se manifiestan los principios que estructuran la identidad colectiva" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, p. 17). En este sentido, si bien el anuncio del proceso constituyente está planteado en términos genéricos, la implementación de las etapas, principalmente las cuatro primeras (educación cívica y constitucional; diálogos ciudadanos libres, transparentes, sin presiones; entrega de las Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución a la Presidenta de la República; y reforma constitucional para una nueva Constitución), debe incorporar la paridad y la voz de todos los grupos, con especial consideración a los grupos vulnerados.

Por su parte, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en su reciente informe Mecanismos de Cambio Constitucional en el Mundo"[8] planteó que "en sociedades contemporáneas, y en especial en aquellas con regímenes democráticos, los/as ciudadanos piden ser parte de los procesos de deliberación en todas las etapas del proceso constituyente" (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015, pág. 58). Señala el PNUD que "los datos indican que las comisiones de expertos han sido el mecanismo más utilizado por dictaduras y regímenes autoritarios (45% del total), mientras que en las democracias completas los mecanismos más utilizados son la asamblea constituyente y el Parlamento (con 31% cada uno)" (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015, pág. 57).

En cuanto a los mecanismos mediante los cuales se realizarían los cambios a la Constitución, la propuesta presidencial contiene cuatro opciones: Comisión bicameral (grupo de senadores/as y diputados/as), Convención Constituyente (parlamentarios/as y ciudadanos/as), Asamblea Constituyente, y un Plebiscito donde la ciudadanía elegiría el método entre alguno de los tres mecanismos mencionados. Respecto de algunos de estos mecanismos el INDH ha planteado fortalezas y debilidades desde el punto de vista de los derechos humanos. En relación con la Comisión bicameral, el Instituto planteó que las debilidades se centran en que el actual Congreso Nacional, debido a su composición por medio del sistema electoral binominal y su integración limitada por los requisitos de la Ley 18.603 Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, no sería capaz de representar a la ciudadanía en toda su diversidad (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, p. 30).

Por su parte, en el caso de la Asamblea Constituyente, el INDH señaló que "quienes intervienen en ella generalmente deliberan con carácter vinculante [...] [y que] no obstante la necesidad de un referéndum ratificatorio de lo acordado en la asamblea, las decisiones que en ella se adopten constituyen el proyecto que luego es sometido a consideración de toda la ciudadanía" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, p. 32). Para el INDH, este mecanismo "encuentra su fundamento en la concepción de que la soberanía reside en el pueblo y este tiene el derecho a dotarse de una Constitución. Se trata de una concepción consistente con el derecho que [...] tienen los pueblos [...] a establecer libremente su condición política" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, p. 31). Aún quedan

8 El estudio del PNUD tiene por objeto aportar información al debate constituyente en curso en Chile sobre el funcionamiento de los diferentes mecanismos de elaboración de un nuevo texto constitucional. En este sentido, entre sus principales conclusiones destacan: 1. "No existe un solo modelo o fórmula ideal para realizar dichos procesos, sino múltiples estrategias, dependiendo de las circunstancias políticas, de las tradiciones político-institucionales y de los mecanismos que las constituciones vigentes contemplen, o no, para su reemplazo" (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015, pág. 56); 2. "Más aún, mientras en gran parte del siglo XX los cambios constitucionales totales estaban vinculados en forma casi exclusiva a cambios de régimen político producto de guerras civiles, intervenciones extranjeras, levantamientos populares o desplome institucional, en la actualidad ha ido aumentando la cantidad de democracias que deciden impulsar procesos de cambio constitucional sin que esto esté vinculado a un cambio de régimen (como en los casos de Islandia y Colombia)" (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015, pág. 56); 3. las comisiones de expertos han sido el mecanismo más utilizado por dictaduras y regímenes autoritarios (45% del total), mientras que en las democracias completas los mecanismos más utilizados son la asamblea constituyente y el Parlamento (con 31% cada uno) (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015, pág. 57); y 4. "Un proceso constituyente exitoso requiere que todos los sectores e instituciones relevantes de la sociedad participen de manera activa en sus distintas etapas, lo que dotará de legitimidad al proceso y sentará las bases para una futura adhesión al nuevo texto constitucional" (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015, pág. 60).

preguntas relevantes sin responder desde el punto de vista de los derechos humanos, en torno a materias como el número de representantes que se elegirían o cómo se garantizaría que esa asamblea posea representatividad social, territorial y política, que sea equilibrada en términos de género o si se aplicarán medidas afirmativas como reserva de cupos para miembros de grupos vulnerados.

En relación con la Convención Constituyente, la información entregada se limita a caracterizarla como instancias mixtas que incluyen a parlamentarios/as y ciudadanos/as. No existiendo mayores antecedentes al respecto, sin claridad en cuanto a su cantidad y frecuencia, sus contenidos y alcances, ni acerca de qué roles le corresponderán a parlamentarios/as y a ciudadanos/as, no es posible desarrollar un análisis.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de que mediante un plebiscito la ciudadanía elija entre alguna de las tres alternativas anteriores, es importante señalar que –como todo proceso de manifestación de la voluntad popular mediante la urna– este debe estar investido de mecanismos de información completa, clara y oportuna acerca de las alternativas entre las cuales elegir. En este sentido, "todo el proceso de reforma constitucional debe ser transparente y garantizar el principio de máxima divulgación de la información" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, p. 33).

Por último, es importante recordar también que el INDH señaló en el Informe Anual 2014 que "de existir una decisión política de adoptar un mecanismo distinto al existente en la Constitución, conllevaría una reforma constitucional previa, la que requiere, en atención al artículo 127 de la CPR, la aprobación de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, p. 32).

REFORMA AL SISTEMA BINOMINAL

Al momento de diseñar un sistema electoral existe un consenso en torno a que no hay sistema electoral perfecto, que todo sistema es siempre perfectible, y que cada cierto tiempo puede ser revisado dependiendo de cómo se ponderen las variables "representatividad–gobernabilidad". Así, en mayo de 2015 fue publicada la Ley 20.840 que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y que fortalece la representatividad del Congreso Nacional[9]. El sistema binominal había sido objeto de críticas desde distintas esferas y por varios motivos. En particular, desde el derecho internacional de los derechos humanos, distintos comités de Naciones Unidas como la Comisión IDH, habían ya recomendado su modificación, principalmente por los efectos nocivos respecto de la participación política de las mujeres y de los pueblos indígenas[10-11].El propio INDH, en su Informe Anual 2013, planteó que "el derecho a la participación política se ve afectado por el sistema electoral binominal vigente en el país"[12] valorándose "la idea de abrir una discusión sobre esta reforma [al sistema binominal] y [esperando] que las modificaciones a

9 La Ley específicamente modifica tres cuerpos legales: (i) la Ley 18.700 orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios; (ii) Ley 18.603 orgánica constitucional de los Partidos Políticos y (iii) Ley 20.640 que establece el sistema de elecciones primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, Parlamentarios y Alcaldes.

10 El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), planteó en su último informe sobre Chile "su preocupación por el hecho de que el sistema electoral binominal resulte desfavorable para la representación política de la mujer", recomendando al Estado que "adopte todas las medidas necesarias para poner en marcha la reforma del sistema electoral binominal". CEDAW, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 12 de noviembre de 2012, párr. 24 y 25.c. Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas recomendó al Estado de Chile, en su segundo Examen Periódico Universal, realizar modificaciones legales para favorecer la participación y representación política de grupos vulnerados, en especial de mujeres y pueblos indígenas. Ver, Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal, A/HRC/WG.6/18/L.3, 31 de enero de 2014, párr. 121, números 124 a 127 (mujeres) y 166 (pueblos indígenas). También en el Sistema Universal, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), en su Observación Final sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, recomendó al Estado de Chile a que "desarrolle, de la mano de los pueblos indígenas, políticas que busquen aumentar los niveles de educación y plena participación en la vida pública de los pueblos indígenas". CERD, Observaciones Finales sobre los informes periódicos 19º a 21º, CERD/C(CHL/CO/19-21, 23 de septiembre de 2013, párr. 16. Finalmente, y ya a nivel interamericano, la CIDH recomendó a Chile "Adoptar una normativa expresa para garantizar e institucionalizar la representación equilibrada de las mujeres en el Poder Ejecutivo y Legislativo y revestir esta normativa de mecanismos de implementación y evaluación efectivos, así como programas de capacitación para servidores públicos". CIDH, Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política, OEA/Ser.L/V/II.134, 2009, recomendación Nº 9.

11 El INDH también ha manifestado su preocupación acerca de la baja participación política de mujeres y de los pueblos indígenas, como también de personas con discapacidad y personas privadas de libertad. Ver INDH, Informe Anual 2012, pág. 132 y siguientes e INDH, Informe Anual 2013, pág. 45 y siguientes.

12 INDH, Informe Anual 2013, p. 48.

introducirse garanticen el ejercicio del derecho a la participación en condiciones de igualdad"[13].

A la luz de las recomendaciones realizadas, la modificación del sistema electoral binominal por un sistema de carácter proporcional inclusivo constituye un avance para el ejercicio de los derechos políticos. Con todo, hay que tener presente que el sistema se implementará por primera vez en la próxima elección parlamentaria (2017), donde habrá que analizar cómo ha funcionado. La obligación internacional del Estado no se agota en derogar el sistema binominal, sino que en reemplazarlo por uno que sea capaz de eliminar los obstáculos que el sistema binominal creaba para la participación y representación política de la ciudadanía. De ahí la necesidad de ser puesto a prueba bajo esa óptica.

Asimismo, la ley reforma el artículo 3 bis de la Ley 18.700 orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios estableciendo que, de la totalidad de candidaturas a diputado/a o senador/a, "ni los candidatos hombres ni las candidatas mujeres podrán superar el sesenta por ciento del total respectivo". En otras palabras, la ley integra lo que se ha denominado "medidas afirmativas de carácter temporal", lo que constituye un avance importante desde la perspectiva de derechos humanos al promover la igualdad entre hombres y mujeres al momento de postular a cargos de elección popular[14]. Así, se establece también que el incumplimiento por parte de los partidos de esta medida "acarreará el rechazo de todas las candidaturas declaradas a diputados o a senadores" (artículo 3 bis, inciso quinto), y propone un reembolso adicional para las candidatas a diputada y senadora en las elecciones de 2017, 2021, 2025 y 2029 de 0,01UF por voto obtenido, lo que constituye un incentivo para una mayor inscripción de candidaturas femeninas evitando que el financiamiento sea un obstáculo. El Estado debe monitorear que estas medidas (porcentaje máximo de inscripciones de candidaturas por sexo y reembolso adicional para mujeres candidatas) sean suficientes para el fin buscado.

La temporalidad de la medida fue considerada al incorporar como artículo 23 transitorio de la Ley 18.700, que esta "solo tendrá aplicación en los procesos electorales parlamentarios de 2017, 2021, 2025 y 2029". El derecho internacional de los derechos humanos plantea la temporalidad como característica de las medidas especiales. Planteado bajo un criterio puramente cronológico (2029), la norma no necesariamente responde a la obligación internacional en la materia, toda vez que es difícil determinar por anticipado si a esa fecha (o antes o después) se habrá logrado la igualdad de oportunidad y trato[15].

Por otra parte, la Ley 20.840 modifica la Ley 18.603 orgánica constitucional sobre partidos políticos, ya que flexibiliza requisitos que el INDH había criticado en Informes Anuales anteriores por restringir excesivamente la posibilidad de crear partidos políticos y, por tanto, participar en elecciones de votación popular[16]. En primer lugar, se modificó el artículo 3 reduciendo el mínimo de regiones en las que debía constituirse un partido político de 3 a "al menos una de las regiones en que se divide políticamente el país". Asimismo, el nuevo artículo 6 de la Ley disminuye el porcentaje de firmas requeridas para la inscripción del partido de 0,5% a "0,25% del electorado que hubiere sufragado en la última elección de Diputados en cada una de las regiones donde esté constituyéndose". Con todo, a propósito de la discusión legislativa en la Cámara de Diputados del proyecto de ley que "fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos y facilita su modernización" (Boletín 10154-07)[17], la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento aprobó volver al porcentaje original del 0,5 para constituirse como partido.

De no aprobarse dicha modificación, manteniéndose el porcentaje actual requerido (0,25), deberá analizarse en

13 INDH, Informe Anual 2013, p. 48.

14 El artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), señala que "la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrabará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato".

15 El artículo 4 de la CEDAW señala que la medida afirmativa cesará "cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato".

16 Ver, INDH, Informe Anual 2013, pág. 48 (pie de página Nº 15) y 53; e INDH, Informe Anual 2014, pág. 31.

17 Actualmente en primer trámite constitucional.

los próximos años si, en la práctica, esta flexibilización se traduce en una mayor diversidad de partidos que representen distintas visiones políticas, como podría ser el caso de los pueblos indígenas, que bajo la antigua legislación veían obstaculizada su posibilidad de formar partidos políticos y participar en las instancias de poder representativas (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, p. 53) y respecto de los cuales la ley aprobada no estableció ningún tipo de medida afirmativa de carácter temporal que promoviera su representatividad política. De todos modos, por razones de interés público sería deseable que la inscripción de militantes no tuviera un costo monetario para los partidos.

Preocupa al INDH que no se incorpore en esta modificación un articulado que promueva la participación equilibrada de hombres y mujeres. Si bien se plantea en el mensaje que "la presente iniciativa ordena a los partidos contemplar en sus estatutos las medidas para propender a la paridad de género en la conformación de los directivos de estos", no incorpora un artículo que permita su efectividad.

SEGURIDAD CIUDADANA

La cuestión de la seguridad ciudadana aparece hoy como uno de los temas preponderantes en la agenda gubernamental, tanto así que a pesar de las restricciones presupuestarias para el 2016, se la ha incluido dentro de las prioridades del Poder Ejecutivo. Desde el punto de vista de los datos recientes, no obstante el aumento de los niveles de percepción de inseguridad, la victimización general, esto es, si alguien ha sido víctima de algún delito en los últimos 12 meses, ha bajado[18]. En la Tercera Encuesta Nacional de Derechos Humanos del INDH, que da cuenta de las percepciones ciudadanas en esta materia, 50,4% de la población está de acuerdo con la afirmación "proteger los derechos humanos dificulta la lucha contra la delincuencia"; y 43,5% se manifiesta de acuerdo con las denominadas "detenciones ciudadanas" que se han dado en el último tiempo. En cuanto a la cárcel, 69% de la población está de acuerdo con la afirmación "toda persona que haya cometido un delito debe estar presa", aun cuando el 71,2% está en desacuerdo con que la cárcel sirva para rehabilitar a las personas que cometen delitos (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015a).

Desde el punto de vista de los derechos humanos, la demanda por parte de un sector amplio de la ciudadanía por mayores niveles de seguridad, y el aprovechamiento político que del temor hacen algunos actores públicos, autoridades y medios de comunicación, tiene como contracara la necesidad de ponderar las medidas que se proponen a la luz de los estándares de derechos humanos, y de los resultados y estadísticas que la práctica arroja en experiencias comparables.

El INDH ha planteado que las políticas de seguridad ciudadana deben enmarcarse dentro de las obligaciones internacionales del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, lo que implica situar a la persona en el centro de la política pública, como sujeto titular de derechos. En este sentido, la política criminal que se adopte debe ser "una política respetuosa de los derechos que emanan del debido proceso, con un uso racional del poder punitivo y de la herramienta penal, con sistemas de control social para su correcto seguimiento, con límites claros a las autoridades para evitar su utilización arbitraria, con un sistema de información complejo que permita una continua revisión sobre su eficacia y, fundamentalmente, con una estrategia clara y esfuerzos sostenidos de reinserción social hacia quienes han delinquido" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 21). A mayor abundamiento, "una política criminal construida en base al aumento de penas, a la tipificación amplia y ambigua de delitos, y al aumento de las atribuciones de las Fuerzas de Orden y Seguridad, sin la existencia de mecanismos de control y límites democráticos, crea un campo de arbitrariedad para el Estado que ha llevado a denuncias de violencia policial, inhumanas tasas de hacinamiento carcelario, y tipificaciones amplias y vagas de delitos" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 21).

En enero de 2015 el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de ley "que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación

18 Según la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana de 2014 (ENUSC) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la victimización general, y en especial el porcentaje de hogares victimizados entre 2003 a 2014, ha disminuido un 42%, mientras que el porcentaje de personas que perciben que la delincuencia en el país aumentó, llegó el 2014 al 79,9%, es decir, un aumento respecto del 2013 del 8,9% (Subsecretaría de Prevención del Delito, 2014).

y mejora la persecución penal en dichos delitos" (Boletín 9885-07). El Poder Ejecutivo es claro al señalar en el Mensaje del proyecto que "el aumento de la actividad criminal y de la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía, medido con encuestas de victimización y tasas de denuncia, hacen necesario combatir los delitos de mayor connotación social, sin alterar las bases de nuestro sistema procesal penal acusatorio"[19]. No obstante, el propio Poder Ejecutivo destaca positivamente el resultado de la última Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) realizada por la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior, según esta entre el 2003 y 2014 la victimización general presenta una disminución del 42% (Subsecretaría de Prevención del Delito, 2014).

El INDH ha planteado que el proyecto pretende modificar el ordenamiento jurídico en diversos aspectos cuyo análisis integral implica un endurecimiento de la herramienta penal, cuestión alejada de los estándares internacionales de utilización del derecho penal como medio de *ultima ratio* y criticada ya por el INDH en Informes Anuales anteriores[20], y por la Corte Suprema al momento de informar acerca del presente proyecto[21]. En la discusión parlamentaria se planteó que la iniciativa modifica el Código Penal para establecer un sistema especial de determinación de penas para ciertos delitos en materia de propiedad (apropiación de cosas muebles ajenas, robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, hurto y abigeato)[22].

19 Mensaje 1167-362 con el que se inicia un proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, p. 1.

20 Ver, INDH, Informe Anual 2012, Capítulo Seguridad Democrática y Derechos Humanos, p. 19. En el capítulo se critica el uso del populismo penal o demagogia punitiva ya que "aleja la política criminal del que debe ser uno de los objetivos principales en democracia: la resocialización de la persona infractora de la ley. [U]na legislación de estas características se enmarca en una lógica binaria, donde solo existen dos caminos para ejerce la jurisdicción: la libertad o la privación de la misma para la persona imputada" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pp. 22-23).

21 Corte Suprema, Oficio 102-2015, Informe Proyecto de Ley 35-2015 (Boletín 9885-07), 14 de septiembre de 2015. En su informe la Corte plantea que el proyecto, y en especial a partir de la reforma al artículo 127 del PP, "podría provocar múltiples casos de detenciones innecesarias o frívolas, que en definitiva sólo pondrán en peligro la legitimidad de un sistema que, tal como acepta el mensaje en términos generales, funciona bien" (considerando cuarto).

22 Estos están establecidos en el Libro II, Título IX, párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis del Código Penal.

El objetivo sería "evitar que la concurrencia de atenuantes produzca por aplicación de las reglas generales del Código Penal una rebaja de grados en la determinación de la sanción penal" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015b, p. 12). El proyecto de ley, al establecer un sistema de establecimiento de penas especial e independiente del de aplicación general, "no brinda una justificación suficiente para establecer una diferencia tan radical entre la forma general de determinación de penas y la que se propone como sistema especial para este tipo de delitos", considerando además que "para otros delitos mucho más graves –tanto desde el punto de vista de las penas asignadas como del bien jurídico protegido– subsista siempre la posibilidad de aplicar dicho mecanismo" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015b, p. 18). El principio de igualdad demanda que cuando el Estado hace una diferencia, como en este caso, al establecer dos sistemas para la determinación de penas, justifique la necesidad de dicha diferencia, cuestión que en el presente caso no se ha cumplido.

El proyecto también busca incorporar entre las hipótesis de fuga, para la determinación de la prisión preventiva (artículo 140 del Código Procesal Penal), que la persona cuente con "reiteradas detenciones anteriores". Esta hipótesis "vulnera el derecho a la libertad personal ya que ni siquiera se está hablando de órdenes de detención pendientes, sino de un historial que en la medida que no ha generado condenas ni otras medidas perfectamente podría incluir infracciones de bagatela, detenciones ilegales, y detenciones que no han acarreado posteriores formalizaciones, pudiendo incluso darse el caso de detenciones que luego den lugar a absoluciones" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015b, pp. 20-21)[23].

Finalmente, mediante indicaciones posteriores de los/as diputados/as Coloma, Farcas, Fuenzalida, Nogueira, Sabat, Silver y Squella se aprobó incorporar al proyecto un artículo 85 bis al Código Procesal Penal, que establece un control

23 Es importante recordar que en el Informe Anual 2014, el INDH planteó en relación con la prisión preventiva que "condicionar la prisión preventiva en un caso particular basándose en hechos sobre los cuales ya se estableció una responsabilidad penal, afecta garantías procesales mínimas reconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos y en la legislación interna" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, p. 76).

preventivo de identidad; este, en lo medular, señala que la policía en el ejercicio de su rol preventivo podrá solicitar la identificación de cualquier persona, en cualquier lugar, para verificar la existencia de órdenes de detención pendientes. Finalmente, en el proyecto final aprobado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados se decidió tratar dicho control de manera separada del conjunto de reformas al CPP, extrayendo dicha regulación del Código para verlo en un nuevo artículo 12 del proyecto de ley, el que contextualiza la implementación de este control "en el cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública" asignada a los funcionarios policiales y le elimina el carácter preventivo[24].

A juicio del INDH, el actual artículo 85 del CPP otorga poder suficiente a las policías para llevar a cabo los controles de identidad, incluso preventivamente[25-26]. La lectura de este artículo "revela que existe una obligación para la policía en orden a requerir la identidad de las personas que se encuentran no solo en hipótesis de comisión actual de crímenes, simples delitos y faltas, sino que eventual (´que se dispusiere a cometerlo´), e incluso que puedan suministrar informaciones útiles para su indagación" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015, p. 17). De este modo, existiendo un artículo 85 que dota a Carabineros de un margen amplio para realizar controles de identidad, la incorporación de un control de identidad adicional resulta innecesario y, además, desproporcional, ya que actualmente hay medios menos dañinos al ejercicio de los derechos humanos con los cuales satisfacer el fin buscado (cotejar órdenes de detención pendientes). Refuerza lo anterior el hecho de que, durante el período 2012-2014, Carabineros realizó en promedio 2.122.554 controles de identidad al año, es decir, "Carabineros con sus facultades actuales, ya realiza una intensa labor de control preventiva" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015, p. 17)[27] y, "al permitir que sin indicio ni supuesto material alguno los/as funcionarios/as policiales apliquen un control de identidad a ´cualquier persona´, no parece razonable y consagra la posibilidad de una arbitrariedad policial permanente" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015, p. 18).

En cuanto a los medios que el proyecto establece para acreditar la identidad en el control, el artículo 12 del proyecto amplía los medios a utilizar "al permitir que la identificación se acredite, además de los documentos tradicionales (cédula de identidad, pasaporte, etc.), por 'cualquier otro medio verosímil' que permita establecer positivamente su identidad" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015, p. 2). De todos modos, se debe tener especial cuidado en cuanto a adolescentes, ya que al ser menores de 18 años[28] no están obligados a tener la cédula de identidad, y salvo alguna credencial educacional no cuentan con otros medios para su identificación, lo que los dejaría en una situación de especial vulnerabilidad frente a esta medida.

Asimismo, el artículo 12 que se propone genera una tensión con la presunción de inocencia, principio garantizado por el derecho internacional de los derechos humanos[29]. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que esta garantía no se aplica únicamente a procesos judiciales, sino que "también se tienen que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable

24 El inciso primero del artículo 12 establece que "En el cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del código Procesal Penal, los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 del mismo Código podrán controlar la identidad de cualquier persona en el lugar que se encontrare, por cualquier medio de identificación expedido por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir y pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona las facilidades para identificarse".

25 El artículo 85 señala que funcionarios/as policiales podrán, sin orden previa de el/la Fiscal, realizar estos controles cuando "estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad".

26 En el Informe presentado por la Corte Suprema sobre el proyecto, los ministros Juica, Kunsemuller, Brito, Cerda y Miranda (suplente) plantearon un conjunto de críticas a la redacción del artículo 85 bis en el proyecto. En opinión de estos ministros, "dentro de las medidas más discutibles que ofrece el proyecto dice relación con las modificaciones a la regulación relativa al control de identidad [.] En este sentido, la iniciativa se enmarca en una evolución legislativa que paulatinamente otorga mayores espacios de discrecionalidad a Carabineros, disminuyendo las facultades de control que poseen los tribunales". Ver, Corte Suprema, Oficio 102-2015, Informe Proyecto de Ley 35-2015 (Boletín 9885-07), 14 de septiembre de 2015, punto 7.

27 Para dicho cálculo se excluyen las personas menores de 14 años y las mayores de 65.

28 Decreto Ley Nº 26 de 1924 del Ministerio del Interior.

29 Ver, Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.2).

no justificado con la situación jurídica de la persona que se trata"[30]. Justamente, el control de identidad es un proceso previo a un proceso judicial y, por tanto, la presunción de inocencia debe ser garantizada por el Estado, sus órganos y funcionarios/as en el desarrollo de tales controles.

Del mismo modo, el proyecto de artículo 12 está en tensión con el principio de igualdad y no discriminación, en el sentido de que facultar legalmente y de manera amplia a la policía para controlar identidad, crea escenarios de arbitrariedad y con escaso control sobre dicho actuar. Para el INDH, "al autorizar a la policía a realizar controles de identidad preventivos a cualquier persona en cualquier lugar que esta se encuentre, los criterios en base a los cuales los/las funcionarios/as policiales tomen este tipo de decisiones queda a su completo arbitrio, y al no tener ninguna delimitación normativa, constituyen en los hechos una invitación abierta a aplicar criterios basados en estereotipos y prejuicios relativos a la apariencia personal de cada sujeto" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015, p. 21). En este sentido, si bien el inciso segundo del artículo 12 establece que "en la práctica de la identificación se deberán respetar la igualdad de trato y no discriminación arbitraria", dicho precepto no es garantía suficiente, ya que por su tenor se aplica una vez que el control se está llevando a cabo y no para la determinación de la detención, donde la facultad de control está expuesta en términos amplios, sin causal específica, lo que aumenta la posibilidad de arbitrariedad.

El artículo 12 incorpora la obligación de los funcionarios policiales de rendir cuentas por tales detenciones. En primer lugar, se deberá establecer un procedimiento administrativo en caso que la persona cuya identidad se controló quisiera establecer un reclamo. Una estadística bimensual de la cantidad de reclamos deberá ser informada al Ministerio del Interior y Seguridad Pública desagregada por sexo, edad y nacionalidad y, semestralmente, de la frecuencia y lugares donde se concentra la mayor cantidad de controles de identidad. Asimismo, deberán publicar semestralmente el número de controles de identidad desagregado por las mismas categorías sospechosas. Respecto del procedimiento de reclamo, para el INDH es importante que este cuente con los estándares del debido proceso y que garantice la imparcialidad de quien conoce el reclamo con el objeto de asegurar que se investigue y, si corresponde, se sancione. En cuanto a la producción de información, esta debe estar a disposición de toda la ciudadanía, principalmente de la sociedad civil organizada para que ejerza su función contralora. Asimismo, las categorías sospechosas planteadas en el proyecto (edad, sexo y nacionalidad) deben ser el piso mínimo, debiendo incorporar otros elementos como la pertenencia étnica y la identidad de género.

Finalmente, el proyecto propone modificar el artículo 85 del CPP permitiendo que dicho control de identidad proceda cuando los funcionarios policiales "tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene una orden de detención pendiente". La causal resulta vaga en su planteamiento, ya que el "tener algún antecedente que les permita inferir" carece de elementos objetivos que permitan evitar un uso arbitrario de esta causal. A lo anterior se suma que el actual artículo 85 dota a Carabineros de un margen amplio para realizar controles de identidad, siendo innecesaria esta modificación.

CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA

El 14 de marzo de 2014, mediante el Decreto Supremo N° 2131, fue creado un Comité Interministerial denominado Consejo Nacional de la Infancia. El Consejo, cuya creación era parte del Programa de Gobierno de Michelle Bachelet, tiene como misión asesorar a la Presidenta de la República en la formulación de medidas para garantizar, promover y proteger el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile. Debido a su naturaleza interministerial[32] busca servir de instancia de coordinación entre los diversos organismos con competencias asociadas a infancia. En términos operativos, cuenta con una Secretaría Ejecutiva radicada administrativamente en la Subsecretaría de la Secretaría General de la Presidencia.

30 Corte IDH, Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, 27 de noviembre de 2003, párr. 120.

31 Publicado en el Diario Oficial el 16 de abril de 2014.

32 El Consejo está integrado por los Ministerios de Hacienda, Desarrollo Social, Educación, Justicia, Trabajo y Previsión Social, Salud, de la Mujer y el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.

Como mandato específico, el Consejo debe apoyar la formulación y aplicación de una Política Nacional de Protección a la Infancia y Adolescencia, proponer las modificaciones normativas e institucionales necesarias para generar un Sistema de Protección Integral efectivo de los derechos de la infancia y de la adolescencia, apoyar la confección del informe que el Estado de Chile remite al Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, e implementar un Observatorio Nacional de la Infancia que reúna estadísticas y estudios en la materia.

A lo largo del 2015, la agenda de trabajo del Consejo se organizó en tres ejes: (i) *Nuevo marco político, normativo e institucional,* donde destaca la presentación de una Ley de Garantías de Derechos de la Niñez, la creación de una Política Nacional de Infancia y su plan de acción para el período 2015 - 2025; (ii) *Más y mejor protección especial de derechos*, cuyo énfasis está en la prevención de la victimización secundaria, la creación de servicios especializados de protección y justicia penal adolescentes, la desinternación de niños y niñas menores de 3 años, y el mejoramiento de la ley de adopción; y (iii) *Más equidad, más inclusión,* que abarca el fortalecimiento y extensión del subsistema de protección integral Chile Crece Contigo, entre otros temas.

En la cuarta sesión del Consejo desde su creación, realizada el 10 de septiembre de 2015, se presentó la agenda legislativa y el borrador de la Política Nacional de Infancia 2015-2025, además de dar cuenta del proceso de preparación del Estado para el examen ante el Comité de Derechos del Niño que tuvo lugar el pasado 24 de septiembre en Ginebra, Suiza. En relación con la Política Nacional de Infancia, se debe precisar que el Decreto Supremo 21, en su artículo segundo N° 1, le otorga un plazo de un año para su creación, por lo que habiendo transcurrido el mismo, el Consejo está en mora en relación con este punto.

Respecto de la agenda legislativa, además de los ingresados proyectos de ley de Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez y el que crea la Subsecretaría de Niñez al alero del Ministerio de Desarrollo Social, se comprometió para marzo de 2016, el proyecto de ley que adecua los Tribunales de Familia y deroga la Ley de Menores, así como el proyecto que crea los Servicios de Protección y de Responsabilidad Penal Adolescente. Si bien se incluye en esta agenda la creación de la Defensoría de la Niñez y la modificación de la Ley 20.032 que establece el Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia mediante la red de colaboradores del SENAME y su régimen de subvención, no se especifica la fecha en que ambos mensajes serán presentados.

El 21 de septiembre de 2015 la Presidenta de la República presentó el Proyecto de Ley de sistema de garantías de los derechos de la niñez (Mensaje N° 950-363). Se trata de una iniciativa que pretende poner al país a tono con los compromisos adquiridos al ratificar hace 25 años la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y que a grandes rasgos consagra algunos principios, derechos y garantías, define niveles administrativos y judiciales de protección, se refiere a la institucionalidad del sistema, y a la necesidad de contar con una política nacional de la niñez. La carencia de una adecuación integral tanto de la legislación como de la institucionalidad nacional a los estándares y al nuevo modelo contenido en la Convención de Derechos del Niño es evidente desde la ratificación de la misma[33]. De hecho, este año el Estado de Chile rindió examen ante el Comité de los Derechos del Niño, el que reiteró su recomendación en cuanto a que el "Estado Parte complete prontamente el proceso de reforma legislativa y promulgue una legislación para la protección integral de los niños en conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño"[34].

La presentación del proyecto es un hecho a ser destacado, ya que es la puerta de entrada para discutir y contar con una legislación que sitúe a niños, niñas y adolescentes en el centro de la preocupación como titulares de derechos humanos. Con todo, hay aspectos del proyecto que,

33 Lo anterior resulta evidente si se tiene en cuenta que al día de hoy aún no se cumple con algunas de las cuestiones que a juicio del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas configuran las "medidas generales de aplicación" que los Estados parte deben implementar para hacer efectiva la Convención, las que deben incluir la revisión y modificación de toda la legislación relativa al tema, así como la creación de una institución nacional independiente de derechos humanos para la promoción y protección de derechos del niño. Ver las Observaciones Generales 2 y 5 (CRC/GC/2003/2 y CRC/GC/2003/5), y las Observaciones del Comité a Chile (CRC/C/CHL/CO/3).

34 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5, 2 de octubre de 2015, párr. 9. Al momento de cierre del presente informe solo estaba disponible la versión en inglés, cuyo texto original señala "State party promptly complete the process of legislative reform and enact a law for the comprehensive protection of children in conformity with the Convention on the Rights of the Child". La traducción corresponde al INDH.

entendiendo que el debate legislativo está comenzando, es oportuno plantear desde ya para su revisión. Así, el artículo 2 señala que "es deber de los órganos de la Administración del Estado, de la familia y de la sociedad respetar, promover y proteger los derechos de los niños". Si bien la familia y la sociedad son actores claves en la promoción y protección de los derechos humanos, hay que recordar que es el Estado en su totalidad, y no solamente la administración del Estado, sobre quien recae el cumplimiento de las obligaciones internacionales, por lo que el artículo debe integrar a los otros poderes del Estado.

Los dos primeros títulos del proyecto señalan algunas definiciones generales, y establecen un conjunto de principios (los niños como sujetos de derecho; autonomía progresiva; igualdad y no discriminación; interés superior del niño, entre otros). Si bien tal catálogo es importante y necesario a efectos de dar a conocer el nuevo marco jurídico de la niñez, el conjunto de estos principios y derechos ya están incorporados al ordenamiento nacional tanto mediante la CDN como en la regulación puntual de los diversos temas (familia, educación, etc.). Así, lo que se espera de una norma legal es que traduzca dichos principios y derechos de manera de establecer claramente cuáles son las obligaciones del Estado y cómo este se debe estructurar para dar pie a una institucionalidad en materia de infancia que, hasta el momento, nunca ha existido.

Asimismo, es necesario que el proyecto haga distinciones entre, por una parte, niños y niñas y, por otra, adolescentes, siendo que en relación con las personas mayores de 14 años el nivel de autonomía necesariamente debe ser reforzado, teniendo en cuenta que a esa edad ya cuentan con responsabilidad penal, y que la legislación actual concerniente a tribunales de familia reconoce a varios efectos esa importante diferencia[35].

En cuanto a institucionalidad, el proyecto se refiere en su artículo 37 al conjunto de instituciones públicas relacionadas, las que deberán actuar "de manera organizada y coordinada", propendiendo a la intersectorialidad de sus intervenciones, quedando la rectoría y dirección general del sistema en el Ministerio de Desarrollo Social. Como se ve, más que la creación de una institucionalidad nueva, la apuesta es reordenar la ya existente designando una coordinación de todos los niveles, y que deben actuar "conforme su disponibilidad presupuestaria". Asimismo, según el Informe Financiero de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda acompañado al proyecto, este "no involucra mayor gasto fiscal". Un cambio de esta magnitud requiere necesariamente de recursos financieros adecuados, por lo que constituye un motivo de preocupación que no se asignen presupuestos especiales para su puesta en marcha y que incluso se manifieste que no involucra un mayor gasto. Con relación a los aspectos presupuestarios, llama la atención que el proyecto recurra cerca de quince veces a la "disponibilidad presupuestaria" como criterio para el reconocimiento de derechos. Esta técnica se encuentra reñida tanto con las obligaciones internacionales del Estado de Chile (que obligan al máximo de recursos disponibles, lo que no es igual a la disponibilidad presupuestaria) como con las obligaciones legales vigentes que hoy ya reconocen, sin sujeción a la disponibilidad presupuestaria, parte de los derechos reconocidos a niños y niñas en el proyecto de ley.

Finalmente, el proyecto establece la obligación de establecer una Política Nacional de la Niñez (PNN). Siendo esta materia un área propia de los derechos humanos, se debe considerar a futuro cómo el Plan de acción de esta política se va a armonizar con el Plan Nacional de Derechos Humanos que llevará a cabo la Subsecretaría de Derechos Humanos, de manera que constituyan un esfuerzo conjunto del Estado y no dos directrices contradictorias que impidan al Estado cumplir con sus obligaciones.

Por su parte, el 29 de septiembre de 2015 el Poder Ejecutivo ingresó el proyecto de ley que crea la Subsecretaría de la Niñez[36], órgano que tendrá a su cargo las políticas públicas en materia de infancia, implementará el Subsistema de Protección Integral de la Infancia "Chile Crece Contigo" y asumirá las labores de Secretaría Técnica del Comité Interministerial de Desarrollo Social de la Niñez que hoy desarrolla el Consejo Nacional de la Infancia.

35 La importancia de esta distinción se aprecia sobre todo en relación con la libertad ambulatoria (artículo 15 del proyecto), donde el INDH ha constatado, por medio de los Informes del Programa de Función Policial, Derechos Humanos y Orden Público, que la policía tiende a seguir exigiendo la presencia de "adulto responsable" para poner en libertad a adolescentes.

36 Boletín 10314-06.

MINISTERIO DE LA MUJER

El 8 de marzo de 2015, en el marco de la celebración del Día Internacional de la Mujer, se promulgó la Ley 20.820 que crea el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, con el mandato de "colaborar con el Presidente o Presidenta de la República en el diseño, coordinación y evaluación de las políticas, planes y programas destinados a promover la equidad de género, la igualdad de derechos y de procurar la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria en contra de las mujeres" (artículo 1). El Ministerio, que tiene el plazo de un año para su puesta en marcha en todas las regiones del país[37], y responde al compromiso del programa electoral de la actual Presidenta de la República, recoge y proyecta la experiencia del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) que fue creado en 1990 bajo la dependencia administrativa del actual Ministerio de Desarrollo Social, aunque otorgando a su Directora el rango de Ministra y entregándole espacios propios de acción programática y legislativa que permitieron avances para las mujeres en el país y en las regiones de Chile desde 1990 a la fecha.

Contar con un Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género supone fortalecer la actual institucionalidad de género, dotándola de mayores atribuciones y rango a nivel nacional y regional y profundizando a la vez su incidencia en políticas públicas, en la legislación y en todas aquellas materias en donde tiene competencia directa o que –estando bajo la competencia de otros ministerios u organismos del Estado– son relevantes para los derechos de las mujeres.

En su carácter de Ministerio, este contará con herramientas para velar "por la coordinación, consistencia y coherencia de las políticas, planes y programas en materia de equidad de género, los que deberán incorporarse en forma transversal en la actuación del Estado" (artículo 1). Para esos fines el Ministerio de la Mujer contará con una Ministra/o, una Subsecretaria/o y con Secretarías Regionales Ministeriales, que planificarán y harán seguimiento a nivel local y nacional de los planes y programas para las mujeres. También contará con la colaboración del Comité Interministerial para la Igualdad de Derechos y la Equidad de Género, establecido en la ley (artículo 7), presidido por la ministra/o de la Mujer y Equidad de Género que deberá asegurar que las políticas, planes y programas de todos los ministerios incluyan la perspectiva de género y equidad. Contará también con un Consejo Asesor (artículo 8) formado por diez especialistas que ayudará a la formulación de políticas. Asimismo, la ley establece un Fondo para la Equidad de Género (artículo 10), que permitirá financiar proyectos, programas, actividades de educación y difusión para fortalecer la asociatividad y el liderazgo de las mujeres. En cuanto al SERNAM, este continuará como un servicio público nacional, con sedes en todas la regiones, dependiente ahora del Ministerio de la Mujer, y con el carácter de "ejecutor de las políticas, planes y programas que le encomiende el ministerio" (artículo 2).

De esta manera, la creación del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género constituye una oportunidad para el Estado de Chile con el objeto de cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres contenidas en tratados internacionales que se proponen eliminar la discriminación y la violencia contra las mujeres, y fortalecer su autonomía y disfrute de derechos, tales como CEDAW y Belém do Pará, entre otras.

MESA INTERSECTORIAL SOBRE TRATA DE PERSONAS

La Mesa Intersectorial sobre Trata de Personas (MITP) fue creada en 2008 mediante Decreto Exento N° 2821, como una comisión asesora de carácter permanente con composición interministerial e intersectorial, liderada por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, con la misión de "coordinar las acciones, planes y programas en materia de prevención, represión y sanción de la Trata de Personas,

37 El plazo de un año responde a que el Congreso, en el artículo primero transitorio de la ley, facultó a la Presidenta de la República para dictar uno o más Decretos con Fuerzas de Ley (DFL) con el objeto de regular un conjunto de aspectos necesarios para poner en marcha el funcionamiento del Ministerio. El artículo 64 de la Constitución Política de la República establece que el plazo máximo para dictar los DFL son de un año y solo pueden recaer sobre las materias específicamente delegadas por el Congreso Nacional.

especialmente de mujeres y niños"[38]. En 2013 se suscribió un Convenio Intersectorial para aprobar e implementar el Plan de Acción Nacional contra la Trata de Personas, una iniciativa de coordinación entre los organismos públicos e integrantes de la Mesa y otros actores públicos y privados que combaten la trata de personas[39]. Las iniciativas se enmarcan en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo), complementario a la Convención, ambos promulgados por Chile en diciembre de 2004, y en la Ley 20.507 de 2011 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Entre otros cambios, se incorpora como delito la trata de personas para explotación laboral.

El Plan se define como "el primer instrumento de planificación, de carácter integral, de acciones encaminadas a prevenir, perseguir y sancionar el delito de trata de personas en Chile y de proteger y prestar efectiva asistencia y reparación a sus víctimas". Comprende cuatro ejes estratégicos: prevención y sensibilización; control y persecución del delito[40], protección y asistencia a víctimas; y coordinación y cooperación interinstitucional.

En el 2015, y a propósito de la cuenta presidencial del 21 de mayo, la presidenta Michelle Bachelet informó que hasta esa fecha se habían instalado siete mesas locales de trata de personas en las regiones de Antofagasta, Atacama, Valparaíso, Maule, Biobío, Aysén y Magallanes[41]. Cada mesa está llevando a cabo una Estrategia Regional de acción contra la trata, de carácter intersectorial, adecuada a las características locales de la problemática.

A través del Plan Nacional, actualizado para el período 2015-2018, y de las estrategias regionales, se ha llevado a cabo una actividad de sensibilización y capacitación de funcionarios de extranjería, pasos fronterizos, guardias costeras, judiciales, de servicios de salud y policías especializados de la PDI y Carabineros. Por otra parte, se han efectuado diversas actividades de sensibilización y prevención a la comunidad y grupos vulnerados, incluyendo la tercera versión del Día de Acción contra la Trata de Personas (8 de enero 2015) y la adscripción de todos los organismos a la campaña internacional Corazón Azul de Naciones Unidas sobre la trata de personas (lanzada el 30 de julio 2015). De esta manera se actúa contra el principal problema en Chile, que es el desconocimiento del problema por parte de la población y de los funcionarios públicos. Asimismo, se están produciendo estadísticas que coordinan datos del Ministerio Público, Carabineros y Policía de Investigaciones acerca del delito de trata de personas, caracterizando a víctimas e imputados formalizados según nacionalidad, sexo, región y tipo de trata (explotación sexual o laboral), entre otras variables.

Entre las medidas de efecto más inmediato sobre las víctimas, se ha reforzado la colaboración y unificación de procedimientos entre los organismos públicos y privados que entregan asistencia a víctimas de trata, con miras a extender a nivel nacional la aplicación de un Protocolo Intersectorial de Atención a Víctimas de Trata, cuidando el resguardo de derechos humanos de las víctimas por parte de los distintos actores intervinientes. Además se liberó de pago la visa especial para víctimas de trata (Decreto 1930 publicado el 7 de marzo de 2015 que introduce un nuevo artículo 2 bis del Decreto Supremo 296 de 1995) y se elaboró un procedimiento para solicitarla.

38 De acuerdo con dicho decreto, la MITP está compuesta por: Ministerio del Interior, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Justicia, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Agencia Nacional de Inteligencia, Servicio Nacional de la Mujer, Servicio Nacional de Menores, Policía de Investigaciones de Chile, Carabineros de Chile y Ministerio Público. En 2012 la mesa amplió su composición e incorporó a todos los ministerios, instituciones públicas y organizaciones civiles con competencias en el tema, los que en 2013 suscribieron un Convenio para elaborar e implementar en conjunto un Plan de Acción Nacional contra la Trata de Personas.

39 Además de los organismos incluidos en el decreto constitutivo de la MITP, los firmantes del Convenio para el Plan de Acción contra la Trata de Personas son: Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, Dirección del Trabajo, Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante (DIRECTEMAR), Instituto Nacional de Derechos Humanos, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Organización Internacional para las Migraciones, Instituto Católico Chileno de Migración, ONG Raíces, Servicio Jesuita a Migrantes y Corporación Humanas.

40 Desde que la publicación de la nueva Ley 20.507 de Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas en 2011 y hasta agosto de 2015, el Instituto Nacional de Derechos Humanos ha presentado 10 querellas en la materia. Para detalles de las querellas ver http://www.indh.cl/causas-judiciales.

41 Las mesas regionales sobre trata de personas se constituyeron entre enero y diciembre de 2014.

Hay que destacar que el Ministerio Público y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública presentaron el 2 de junio de 2015 una Guía de Buenas Prácticas en la investigación criminal del delito de trata de personas y la asistencia y protección a víctimas (Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2015), que recoge la experiencia del conjunto de organismos participantes de la Mesa. En tanto, el 7 de agosto de 2015, el Fiscal Nacional dictó una Instrucción General que imparte criterios de actuación en los delitos de trata de personas[42]. Estas iniciativas se han visto enriquecidas por el aporte de los diversos organismos estatales y no gubernamentales que han vertido su experiencia y capacidades en esta coordinación.

CONSEJO TÉCNICO DE POLÍTICA MIGRATORIA

El INDH en diversas instancias y especialmente en sus Informes Anuales ha planteado la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes. De ahí que el interés del Instituto se haya manifestado no solo por medio de informes y diversos documentos, sino que también participando del Consejo Técnico de Política Migratoria, coordinado por el Departamento de Extranjería y Migración, en uno de sus siete grupos de trabajo, este es, el de Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, coordinado a su vez por los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia. Tanto en este grupo como en los otros seis se ha convocado a un amplio espectro de actores de gobierno (secretarías y servicios), órganos de justicia, organismos internacionales y no gubernamentales, realizando seis reuniones durante el año, donde se han formulado observaciones para asegurar el resguardo de los derechos humanos de la población migrante en la arquitectura institucional que está en preparación.

Tal arquitectura incluye una nueva ley de migraciones y la actualización y coordinación de las políticas e instituciones del Estado en materia de migraciones. Para avanzar en esa dirección, las principales iniciativas del Poder Ejecutivo han sido:

a) Creación de un Consejo de Política Migratoria permanente (Decreto Supremo N° 1393 del 11 de julio de 2014,) de carácter interministerial y presidido por el Ministro del Interior y Seguridad Pública, que tiene como objetivo efectuar propuestas acerca de política nacional migratoria y "coordinar las acciones, planes y programas de los distintos actores institucionales en materia migratoria". En apoyo a la labor de este organismo, se creó el Consejo Técnico de Política Migratoria (Decreto Supremo N° 108 de 27 de enero de 2015), coordinado por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, cuya primera función consiste en: "(a) Revisar la aplicación de los instrumentos internacionales ratificados por Chile sobre Derechos Humanos en especial los referidos a las personas migrantes y adaptar las políticas públicas a dichos estándares".

b) Un instructivo presidencial, en preparación, que fija ejes para una Política Nacional Migratoria. Entre sus consideraciones (versión borrador) señala la necesidad de "promoción y aplicación de los compromisos suscritos por Chile en materia de derechos humanos, tanto en su aplicación como interpretación; (…). En particular se requiere visibilizar los derechos de los trabajadores migrantes, establecidos en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares". En coherencia con esta consideración, el primero de los ejes incluidos en la política sería un "enfoque transversal de Derechos Humanos". El INDH tuvo la oportunidad de formular observaciones a este documento, cuya versión final aún está pendiente.

c) La generación de una nueva ley de migraciones, sustituyendo o perfeccionando el proyecto presentado en 2013 por el gobierno del expresidente Sebastián Piñera (Boletín 8970-06), cuya presentación está pendiente.

d) Según la cuenta pública del 21 de mayo de 2015 (p.17.) se está trabajando en diversas acciones tendientes a la creación del Servicio Nacional de Extranjería y Migración.

42 Ver, Ministerio Público, Oficio FN Nº 575/2015, Instrucción General que imparte criterios de actuación en los delitos de trata de personas, tráfico ilícito de migrantes y asociación ilícita para cometerlos, 7 de agosto de 2015.

Más allá de estas medidas institucionales, los organismos públicos han anunciado algunas medidas específicas que mejoran el cumplimiento de derechos humanos de las y los migrantes, las que fueron anunciadas en la Cuenta presidencial del 21 de mayo e informadas por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Entre ellas se incluyen: el establecimiento de una nueva visa por motivos laborales y una de unión civil que reconozca las diversas formas de familia, la eliminación de las multas por infracciones migratorias a niños, niñas y adolescentes menores de 18 años; y el reconocimiento de la nacionalidad chilena a todos los hijos de extranjeros nacidos en Chile, independiente de la situación migratoria de los padres.

SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS

El INDH ha planteado la necesidad de profundizar la institucionalidad del Estado en materia de derechos humanos, recalcando la necesidad que "el Poder Ejecutivo diseñe, coordine e implemente políticas públicas que permitan guiar el contenido y organicidad de la acción del Estado en estas materias, condiciones que no existen hasta el momento" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 91). En este sentido, la aprobación de la Subsecretaría de Derechos Humanos (en adelante la Subsecretaría) es un avance notable para que el Estado cumpla con sus obligaciones de promover, garantizar y proteger los derechos humanos[43].

La Subsecretaría tiene como objeto principal "prestar asesoría y colaboración directa al Ministro de Justicia y Derechos Humanos en el diseño y elaboración de las políticas, planes y programas relativos a la promoción y protección de los derechos humanos" (artículo 8). No obstante la valoración que el INDH hace a la creación de esta instancia gubernamental, de la lectura de sus funciones se observa que estas en general están ligadas principalmente a la función de promoción y con escasa capacidad operativa (promover la elaboración de políticas, planes y programas en materia de derechos humanos en los órganos de la Administración del Estado, elaborar y proponer el Plan Nacional de Derechos Humanos, asistir al Ministro de Justicia y Derechos Humanos en el estudio crítico del derecho interno o colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores en la elaboración y seguimiento de los informes periódicos ante los órganos y mecanismos de derechos humanos). Si bien el mandato legal hace mención a la promoción y protección de los derechos humanos, las funciones mencionadas no tienen relación directa con el deber de protección de los derechos humanos, el que está relacionado principalmente con investigar, sancionar y hacer ejecutar como una medida de garantía de no repetición de vulneración de los derechos humanos.

Cuestión similar ocurre con el Comité Interministerial de Derechos Humanos (en adelante "el Comité"), instancia establecida por la misma ley que crea la Subsecretaría, y que tiene como finalidad "asesorar al Presidente de la República en la determinación de los lineamientos de la política intersectorial del gobierno en materia de derechos humanos, constituyendo una instancia de información, orientación, coordinación y acuerdo para los ministerios y servicios que lo integran" (artículo 10). Durante el debate legislativo del proyecto, el INDH planteó que esta instancia fuera concebida no solamente para conocer e informar, sino que dotarla "de facultades de promoción y protección en derechos humanos, de modo de optimizar la gestión del Poder Ejecutivo en estas áreas" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 93). Asimismo, entre sus funciones se señala la de "conocer el informe anual elaborado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos y elaborar propuestas a partir de su contenido [...]". Es una medida positiva que la ley integre el Informe Anual del INDH entre las fuentes con las que debe trabajar el Comité, no obstante que, siendo el Informe Anual del INDH una publicación exigida por ley y dada a conocer a todos los poderes

43 El 30 de septiembre el Congreso Nacional informó al Poder Ejecutivo la aprobación del texto definitivo de la ley, quedando para su promulgación y publicación previo control obligatorio de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, ya que reforma una Ley Orgánica Constitucional. Al cierre de este Informe Anual aún no se cumplían la totalidad de estos trámites. La Ley modifica el Decreto Ley 3.346 de 1980 que establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio de Justicia. En cuanto a la entrada en vigencia de la Subsecretaría, la ley establece un plazo de un año desde la publicación de la misma, para que el Poder Ejecutivo, mediante un Decreto con Fuerza de ley, fije "la fecha en que entrará en funcionamiento la Subsecretaría de Derechos Humanos" (artículo tercero transitorio, numeral primero). A su vez, fija el plazo de doce meses desde que entra en funcionamiento la Subsecretaría para elaborar el primer PNDH. Esto implica que pueden transcurrir hasta 24 meses desde la publicación de la ley antes de tener el primer PNDH.

del Estado, su conocimiento y aplicación no es solamente para el Comité, sino que del Estado en su totalidad. Asimismo, considerando la naturaleza asesora del Comité, la elaboración de propuestas del Comité a partir del Informe Anual, debe incluir medidas específicas que aseguren su aplicación.

En relación con el Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH), el INDH planteó que "sería relevante establecer por ley sus objetivos, los que en términos generales debieran apuntar hacia el fortalecimiento de los mecanismos nacionales de protección y promoción de derechos humanos a través de un conjunto de medidas estatales considerando las recomendaciones formuladas por el INDH en sus Informes Anuales" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 94). El artículo 14 bis de la ley establece que el PNDH "contendrá el diseño e implementación de las políticas encaminadas al respeto, promoción y protección de los derechos humanos [...]". No obstante incorporar la protección de los derechos humanos, entre las materias que la ley exige como mínimo a abordar en un PNDH no hay nada en relación con esta obligación del Estado, sino que todas están planteadas en cuanto a la promoción de los derechos humanos[44]. Del mismo modo, la ley no establece los objetivos del Plan, tal como lo había planteado el INDH, sino que mandata que este mismo los establezca (artículo 14 bis, literal a).

44 Las materias mínimas a abordar son: a. La promoción de la investigación, sanción y reparación de los crímenes de lesa humanidad y genocidios, y crímenes y delitos de guerra, en especial, según correspondiere, aquellos comprendidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990; b. La preservación de la memoria histórica de las violaciones a los derechos humanos; c. La promoción de la no discriminación arbitraria, de conformidad a la normativa nacional e internacional vigente; d. La promoción de la educación y formación en derechos humanos, en los niveles de enseñanza parvularia, básica, media y superior, así como en los programas de capacitación, formación y perfeccionamiento de todas las autoridades y funcionarios de los órganos del Estado, incluidos el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, los miembros de las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería de Chile y las municipalidades; y e. La promoción del cumplimiento de las medidas cautelares y provisionales, soluciones amistosas y sentencias internacionales en que Chile sea parte, dictadas en virtud del Sistema Interamericano y del Sistema Universal de Derechos Humanos.

ONG DE PROMOCIÓN DE LA DEMOCRACIA Y PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Las organizaciones no gubernamentales de promoción de la democracia y protección de derechos humanos son una parte constitutiva esencial de la institucionalidad disponible –si bien no pública– de defensa y protección de la democracia y los derechos humanos. Su rol y trabajo está amparado en el derecho internacional de los derechos humanos, que reconoce el derecho a asociarse con otras personas, reunirse, manifestarse pacíficamente y participar en la vida pública, ya sea de manera individual o colectiva, por medio de diferentes derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Y si bien no existe un instrumento vinculante que proteja el trabajo de estas ONG de manera específica, sí se ha reconocido su relevancia en la adopción de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos[45] de Naciones Unidas (conocida como *Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos*) en 1999, la que busca avanzar en garantizar condiciones para que las ONG desarrollen estas labores[46].

Para el Sistema Internacional de Derechos Humanos (SIDH), las ONG de promoción de la democracia y protección de derechos humanos no solo son objeto de protección, sino que también se han constituido en una voz autorizada para dar a conocer la situación de derechos humanos en sus países y regiones. Es así como el SIDH ha incorporado como parte de su sistema de trabajo, la recepción de "informes sombra" elaborados por estas organizaciones, en paralelo a los que son presentados por los Estados ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y los Comités de Tratados. También se les ha dado la posibilidad de obtener

45 Naciones Unidas. Quincuagésimo tercer período de sesiones. Resolución aprobada por la Asamblea General, A/RES/53/144 del 8 marzo de 1999. Anexo.

46 Es importante destacar que Chile fue uno de los Estados Miembro que participó en la elaboración y presentación del proyecto de resolución ante la Tercera Comisión. Para mayor información ver el documento A/53/625/Add.2 del 30 de noviembre de 1998, punto E.

la acreditación otorgada por diversas instancias del Sistema Universal[47] y el Sistema Regional[48] de Derechos Humanos, lo que les permite realizar contribuciones oficiales desde sus campos de experticia. En particular, en 1996, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de Naciones Unidas dispuso el otorgamiento de un "estatus consultivo"[49] para que las ONG participen, en distintos niveles, de sus reuniones y conferencias internacionales, así como de las instancias de sus órganos subsidiarios. En Chile, actualmente, seis ONG cuentan con este reconocimiento del ECOSOC[50].

En este sentido, a nivel internacional se reconocen y fomentan las contribuciones de las ONG dedicadas a la promoción de la democracia y la protección de los derechos humanos. Este nivel de reconocimiento, sin embargo, no tiene un correlato similar a nivel nacional. Dos ejemplos sintomáticos de esto son, por un lado, que la nueva institucionalidad de la que el país se está dotando en materia de derechos humanos –como la Subsecretaría de Derechos Humanos– ni siquiera menciona a las ONG que trabajan en este ámbito como interlocutoras posibles en ninguna parte de la descripción de sus funciones. Por otro lado, el informe entregado por el Consejo Engel a la Presidenta de la República en ninguna parte considera a las ONG que trabajan en este ámbito como partícipes necesarias de la lucha contra la corrupción.

Sumado a lo anterior, diversos estudios dan cuenta de algunas problemáticas que aquejan a este grupo específico de ONG en la actualidad en Chile. En opinión de Felipe Agüero, Coordinador de Programa en la oficina de la Fundación Ford en Chile, organización filantrópica internacional que ha apoyado el trabajo de profundización democrática y derechos humanos en el país a lo largo de los últimos 25 años, esto se debe a "dificultades en términos de su financiación, a pesar de que hay bastante variación entre ellas y algunas son más exitosas en su sustentabilidad. Pero este éxito tiene relación con la capacidad de vincular su agenda de trabajo con temáticas regionales y globales, y salirse de los problemas particulares de Chile. A nivel general, lo que se aprecia a nivel organizacional es una debilidad, tanto en la fortaleza técnica de sus equipos directivos como en la capacidad de rotar de ellos mismos. También hay una gran debilidad en el campo comunicacional, una incapacidad de las organizaciones de concebir este asunto –desde un inicio– como una parte fundamental de su trabajo de incidencia"[51].

Así, de las investigaciones analizadas[52] y las entrevistas realizadas por el INDH[53], es posible advertir tres tipos de desafíos para el fortalecimiento de estas ONG, los que se analizan a continuación.

Por una parte, la actual regulación de las ONG, dada por el Título XXXIII Libro I del Código Civil y la Ley 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, resulta muy general y no reconoce un estatuto específico a aquellas organizaciones que promueven la democracia y los derechos humanos. Esto implica que las ONG con estos fines quedan dentro de la categoría "Organizaciones de Interés Público (OIP)", categorizadas del mismo modo que las organizaciones territoriales y funcionales, cuyas actividades son diferentes.

Por otro lado, la disponibilidad de financiamiento se encuentra hoy prácticamente reducida a los recursos provenientes del Estado por la vía de la implementación de políticas, planes

47 Tal es el caso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (CNUCED).

48 Este es el caso del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI).

49 Mediante la resolución 1996/31.

50 Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género (Especial), Corporación Opción (Especial), Fundación Mi Casa (de Lista), Fundación Help for the Andes (Especial), Fundación Jaime Guzmán (Especial) y Un Techo para mi país (Especial).

51 Entrevista a Felipe Agüero, Coordinador de Programa en la oficina de la Fundación Ford en Chile, realizada por el INDH el 09 de octubre de 2015.

52 Ver la investigación "Incidencia y sostenibilidad de las organizaciones de la sociedad civil chilena 2013-2014", (CESOP, 2014, pág. 15).

53 El INDH agradece a las siguientes personas entrevistadas: Francis Valverde, Vicepresidenta de la Red de ONG ACCION; Leonardo Moreno, Presidente del Consejo Nacional del Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público; María José Pérez, Coordinadora de Londres 38 Espacio de Memorias; Wally Kunstmann, Presidenta de la Corporación Estadio Nacional Memoria Nacional Ex Prisioneros Políticos; Margarita Romero, Presidenta de la Asociación por la Memoria y los Derechos Humanos Colonia Dignidad; Ruggero Cozzi, Director Ejecutivo de ONG Comunidad y Justicia; y Felipe Agüero, Coordinador de Programa en la oficina de la Fundación Ford en Chile. Todas estas entrevistas fueron realizadas por el INDH entre el 10 de septiembre y el 9 de octubre de 2015.

y programas. Esto ocurre debido a la priorización de financiamiento, por parte de las fuentes internacionales, de otros países o la modificación de las temáticas financiables.

A nivel nacional, la única fuente disponible para financiar el fortalecimiento institucional de las ONG es el Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público (FFOIP). Para acceder a este, las organizaciones deben formar parte de un catastro que se alimenta del Registro Nacional de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro a cargo del Registro Civil, el que presenta problemas de operatividad y actualización[54]. Esto no solo ha entorpecido la migración de datos al catastro, sino también ha mermado el funcionamiento de las organizaciones.

Según la información proporcionada por la Subsecretaría General de Gobierno[55], el FFOIP ascendió en 2015 –su segundo año de implementación– a $1.170.653.853. Este monto fue repartido entre 516 entidades[56], 493 de estas presentaron proyectos de alcance regional y 23 organizaciones hicieron propuestas de carácter nacional. La misma entidad explicó que la tardía puesta en marcha del FFOIP, tres años después de la publicación de la Ley 20.500, se debió a la falta de "un reglamento que regulase el funcionamiento del concurso. Dicho reglamento fue publicado recién en 2013, lo que impidió efectuar la convocatoria del Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público hasta ese año. En 2014, durante el primer semestre se implementó el Fondo de Iniciativas Locales, y durante el segundo semestre se efectuó la primera convocatoria del Fondo de Fortalecimiento regulado por la Ley N° 20.500"[57]. Esto es coincidente con lo señalado por el INDH en 2012, en el sentido de que la ley presentaba problemas de operatividad por la falta de promulgación de los reglamentos necesarios (INDH, 2012).

Respecto de este tema, y en el marco de las obligaciones de promoción de los derechos humanos que tiene el Estado de Chile, el INDH estima positivo y necesario que exista financiamiento disponible para las organizaciones de promoción de la democracia y protección de los derechos humanos, como parte de una política más amplia de apoyo a las organizaciones de la sociedad civil. Este apoyo debiera contemplar un sistema de acreditación de estas organizaciones, que brinde garantías de transparencia y rendición de cuentas. La fórmula que se desarrolle para concretar estos apoyos, no obstante, debe garantizar la autonomía de estas organizaciones, principio fundamental para el cumplimiento de sus funciones.

Por último, si bien es un avance contar con una norma que regule la forma en que las ONG, entre otros actores sociales, participan e influyen en las decisiones del Estado, muchas organizaciones plantean como preocupante que las instancias de participación que se promueven desde el Estado sean de carácter informativo y consultivo, sin favorecer una participación incidente. En particular, Ruggero Cozzi, Director Ejecutivo de ONG Comunidad y Justicia explica que "en general tiende a asumirse la participación de la sociedad civil en el sentido de escucharla, pero no siempre se abren causes de toma de decisiones concretos e institucionalizados. En otros países uno ve que existen instancias donde la sociedad civil participa de forma resolutiva. Yo tiendo a pensar que al Congreso le gusta tomar distancia de ese tipo de instituciones que canalizan la participación de la sociedad civil, porque creo que sienten que pierden alguna cuota de poder"[58]. Por su parte, Leonardo Moreno, Presidente del Consejo Nacional del FFOIP asegura que "el control sobre el Estado es cero. Las posibilidades de incidir por parte de la sociedad civil son prácticamente nulas. Los actores que

54 Esto debido al incumplimiento del art. 5 transitorio de la Ley 20.500, el que establece: "[d]entro del año siguiente a la vigencia de la presente ley, según lo establecido en la disposición segunda transitoria, el Ministerio de Justicia deberá remitir al Servicio de Registro Civil e Identificación, todos los antecedentes relativos a corporaciones y fundaciones preexistentes que se encuentren incorporados en el Registro de Personas Jurídicas a cargo del Ministerio, para su inclusión en el Registro Nacional de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro. […] Dentro del mismo plazo y con igual objeto, los secretarios municipales deberán remitir al Servicio copia de los antecedentes contenidos en los registros públicos correspondientes a las juntas de vecinos, organizaciones comunitarias y uniones comunales constituidas en su territorio y que se encuentren vigentes".

55 Ord. Nº 2052 del Subsecretario General de Gobierno, de 10 de septiembre de 2015.

56 La nómina de organizaciones adjudicadas puede ser consultada en el siguiente enlace: http://fondodefortalecimiento.gob.cl/estado-del-concurso-2/

57 Ord. Nº 2052 del Subsecretario General de Gobierno, de 10 de septiembre de 2015.

58 Entrevista a Ruggero Cozzi, Director Ejecutivo de ONG Comunidad y Justicia, realizada por el INDH el 6 de octubre de 2015.

hoy hacen control son muy pocos, reciben financiamiento externo y tienen un nivel de incidencia muy menor"[59]. Desde ACCION, Francis Valverde, complementa señalando: "se crean estos Consejos de la Sociedad Civil por mandato, y se manda incluso un instructivo presidencial, donde cada Servicio lo interpreta a su manera, donde todos son consultivos y ni siquiera son incidentes. Es decir, ni siquiera se expresa por qué no se toma en cuenta una propuesta hecha por la sociedad civil"[60].

Los problemas mencionados no solo son relevantes para las organizaciones afectadas; dichos obstáculos deben constituir una preocupación pública. Desde el punto de vista del INDH, la existencia de ONG dedicadas a la defensa de los derechos humanos, capaces de participar en la vida democrática de forma autónoma y sostenida en el tiempo, contribuir al control de las acciones del Estado, canalizar demandas y construir puentes de diálogo incidente entre diversos sectores de la sociedad y el Estado, es un asunto trascendente.

59 Entrevista a Leonardo Moreno, Presidente del Consejo Nacional del Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público, realizada por el INDH el 11 de septiembre de 2015.

60 Entrevista a Francis Valverde, Vicepresidenta de la Red de ONG's ACCION, realizada por el INDH el 10 de septiembre de 2015.

BIBLIOGRAFÍA

CENDA (2014). *El financiamiento de la sociedad civil como elemento fundamental de la democracia moderna.* Santiago de Chile.

CESOP (2014). *Estudio de caso: Incidencia y sostenibilidad de las organizaciones de la sociedad civil chilena 2013-2014.* Santiago de Chile.

CESOP (2014). *Resumen Ejecutivo. Estudio de caso: Incidencia y sostenibilidad de las organizaciones de la sociedad civil chilena 2013-2014.* Santiago de Chile.

De la Maza, G. (2009). *ONG, Sociedad Civil y Democracia en Chile Post Autoritario. Paper preparado para la Conferencia "Usos y Abusos de la Sociedad Civil", Buenos Aires*. Santiago de Chile.

El Mercurio (14 de octubre de 2015). *Nueva Mayoría llama a la derecha a "no ser obstruccionista" en creación de nueva Constitución*. Obtenido de http://www.emol.com/noticias/Nacional/2015/10/14/754368/Nueva-Mayoria-llama-a-la-derecha-a-no-ser-obstruccionista-en-creacion-de-nueva-Constitucion.html

INDH (2012). *Informe Anual 2012.* Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile.

INDH (2012). *Informe Anual 2012*. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2013). *Informe Anual 2013. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014). *Informe Anual 2014. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2015). *Informe II sobre el artículo 85 bis que crea el Control de Identidad Preventivo.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2015a). *Tercera Encuesta Nacional de Derechos Humanos.*

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2015b). *Informe sobre el proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. Boletín 9885-07*. Santiago.

La Tercera (19 de octubre de 2015). *Oposición pide al gobierno adelantar proyecto de Nueva Constitución.* Obtenido de http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/10/674-652056-9-oposicion-pide-al-gobierno-adelantar-proyecto-de-nueva-constitucion.shtml

La Tercera (19 de octubre de 2015). *Piñera anuncia proyecto paralelo de Nueva Constitución junto a Chile Vamos*. Obtenido de http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/10/674-652067-9-pinera-anuncia-proyecto-paralelo-de-nueva-constitucion-junto-a-chile-vamos.shtml

Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2 de junio de 2015). *Ministro Burgos dio a conocer guía de buenas prácticas en investigación de la trata de personas*. Obtenido de http://www.interior.gob.cl/noticias/2015/06/02/ministro-burgos-dio-a-conocer-manual-de-buenas-practicas-en-investigacion-de-la-trata-de-personas/

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2015). *Mecanismos de Cambio Constitucional en el Mundo*. Santiago.

Subsecretaría de Prevención del Delito (2014). Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana.

2

Derechos económicos, sociales y culturales

1. POBREZA Y DERECHOS HUMANOS
2. DERECHO AL TRABAJO
3. DERECHO A EDUCACIÓN



1

POBREZA Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Enrique Cerda



1 POBREZA Y DERECHOS HUMANOS

ANTECEDENTES

Desde hace varias décadas la pobreza no solo ha sido una preocupación social sino también ha venido marcando –con diversas intensidades y focos– la agenda de gobiernos y organismos internacionales, constituyéndose hoy en una preocupación global.

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho de toda persona a una vida digna (o nivel de vida adecuado) en diversos tratados, y propone el mejoramiento de las condiciones de existencia como foco de las acciones de los Estados para la garantía de los mismos. En este sentido, desde épocas tempranas la comunidad internacional ha reconocido que la pobreza no es una situación aceptable y que constituye un asunto de derechos humanos, ya sea porque: i) es una situación opuesta a la vida digna y a un nivel de vida adecuado, ii) obstaculiza el goce de derechos fundamentales, sobre todo en segmentos de la población vulnerable (mujeres, pueblos indígenas, personas con discapacidad, niños y niñas, migrantes, adultos mayores); y iii) se asocia a situaciones de vulneración de derechos como la trata y el tráfico de personas.

En el 2000 la comunidad internacional marcó un hito en los esfuerzos colectivos en este campo y fijó en su programa la erradicación de la extrema pobreza y el hambre, primer compromiso de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Particularmente se propuso como meta reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, la proporción de personas con ingresos inferiores a 1,25 dólares al día. Habiendo ocurrido avances disparejos en esta materia, sobre todo por la persistencia de la desigualdad social en algunos países y la aparición de nuevas formas de concebir y medir la pobreza, la Cumbre de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible 2015 adoptó en Nueva York la meta de "erradicar la pobreza en todas sus formas en todo el mundo"[1] el 2030.

Además, en el caso de nuestra región, el último panorama social elaborado por CEPAL establece que "más allá de los avances logrados en la última década, la pobreza persiste como un fenómeno estructural que caracteriza a la sociedad latinoamericana" (CEPAL, 2014, pág. 11), afectando a 165 millones de personas en 2013, equivalente al 28,1% de la población. Diversas mediciones dan cuenta que estos niveles de pobreza son más acentuados en las personas jóvenes y las mujeres.

En Chile los resultados de la encuesta CASEN 2013 muestran que la pobreza por ingresos cayó de 29,1% en 2006 a 14,4% en 2013 bajo la nueva metodología utilizada y de 38,6% a 7,8% según la forma de medición tradicional para el mismo período. Si bien estos resultados son alentadores y muestran el efecto acumulado tanto del crecimiento económico como de las políticas públicas desarrolladas en las últimas décadas, persiste un segmento de la sociedad en extrema pobreza (2,5% de las personas con la metodología tradicional y 4,5% según la metodología nueva, de acuerdo con datos del 2013) y aparecen nuevas formas de precariedad. En la actualidad Chile tiene el desafío de abordar el combate de la pobreza desde una perspectiva compleja y multifactorial, en sintonía con los debates internacionales y en apego a sus compromisos en materia de derechos humanos, cuyo fin último sea otorgar a sus habitantes niveles

1 Objetivo de Desarrollo Sostenible Nº 1, parte integrante de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 en Nueva York.

adecuados de vida y condiciones para el pleno goce de sus derechos. Esto podría traer efectos respecto de la desigualdad, otro asunto pendiente de nuestro país, cuya severidad –dada por un Coeficiente de Gini[2] de 0,50 en 2013–, nos convierte en el país más desigual de la OCDE. Otros indicadores de distribución de ingresos muestran tendencias similares. Por ejemplo, el *Índice 10/10* tuvo un valor de 29,1 en 2013, es decir, los ingresos autónomos del 10% más rico de la población correspondía a 29 veces el ingreso autónomo del 10% más pobre del país. En el caso del *Índice 20/20*, que realiza la misma comparación pero por quintiles, el valor obtenido en 2013 fue de 11,5 veces (Ministerio de Desarrollo Social, 2015b, pág. 18).

Esta preocupación ha sido relevada en la Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por el INDH en 2015, la que mostró que 60,8% de la población considera que a las personas en situación de pobreza no se les respetan sus derechos humanos, percibiéndose como uno de los colectivos más vulnerados en Chile. Además, la pobreza es el segundo motivo por el que la población considera que se discrimina en nuestro país, con 57,1% de las menciones (INDH, 2015). Sintomático de esta percepción es, por ejemplo, hechos como la solicitud de desalojo, por parte de la alcaldesa Karen Rojo, de 26 campamentos en la ciudad de Antofagasta en septiembre de este año, en razón de "problemas de seguridad y afectación de la calidad de vida de los vecinos de los campamentos" (Emol, 2015).

En la visita que realizó en marzo de este año a nuestro país el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, Sr. Philip Alston, él señaló: "[e]n relación a la pobreza, Chile es una paradoja. El país ha logrado un avance extraordinario en términos de crecimiento económico, desarrollo integral y reducción de la pobreza. Pero al mismo tiempo persisten tasas preocupantes de pobreza y pobreza extrema, y los niveles de desigualdad son extremadamente altos, los cuales no son ni sostenibles ni aceptables en una sociedad que se enorgullece de su compromiso fuerte y profundo con el respeto de los derechos humanos de todo sus pueblos" (Alston, 2015).

La preocupación por la pobreza y la desigualdad en nuestro país fue también manifestada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas al examinar, en junio de este año, el Cuarto Informe Periódico del Estado de Chile en cumplimiento de sus obligaciones emanadas del Pacto Internacional de estos derechos. En dicha ocasión el Comité señaló que "[p]ese al importante crecimiento económico en el Estado parte y las diversas medidas adoptadas en la lucha contra la pobreza, incluso mediante programas de transferencia de efectivo, preocupa al Comité que tales medidas no hayan sido lo suficientemente efectivas para disminuir la brecha de desigualdad y que los niveles de pobreza y de pobreza extrema sigan afectando a los grupos más desfavorecidos y marginados, particularmente a los pueblos indígenas (Art. 11)"[3].

En la misma ocasión, y como consecuencia de esta constatación, el Comité DESC recomendó al Estado de Chile que "a) Adopte un plan integral de lucha contra la pobreza y la pobreza extrema que establezca metas específicas y mecanismos eficaces de coordinación entre los diversos sectores y ministerios, y que esté dirigida a disminuir significativamente la brecha de desigualdad, teniendo en cuenta las necesidades de los sectores sociales más desfavorecidos y marginados, tanto en las zonas rurales como urbanas y particularmente de los pueblos indígenas; y b) Asegure que los programas sociales de lucha contra la pobreza, especialmente la pobreza extrema, sean implementados con un enfoque de derechos humanos y cuenten con los recursos suficientes para su implementación y presentando la debida atención a las diferencias y brechas existentes entre los diferentes grupos sociales"[4].

Si bien otras versiones del Informe Anual han abordado algunos derechos que dicen relación con la vida digna y con la desigualdad, por ejemplo, dando cuenta del derecho a una vivienda adecuada y relevando la situación de Bajos

2 El Coeficiente de Gini mide hasta qué punto la distribución del ingreso (o, en algunos casos, el gasto de consumo) entre individuos u hogares dentro de una economía se aleja de una distribución perfectamente equitativa. Varía entre 0 y 1, donde el valor 0 representa una equidad perfecta y el valor 1 la inequidad perfecta. En ocasiones, esta relación se expresa como porcentaje, tomando valores entre 0 y 100, lo que se conoce como Índice de Gini.

3 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, E/C.12/CHL/CO/4 del 7 de julio de 2015, párr. 24.

4 Ibídem.

de Mena, este capítulo constituye la primera aproximación del INDH a un tema tan complejo y de múltiples aristas como es la pobreza. En este marco, revisará los estándares internacionales disponibles, las normas y principales políticas del Estado, analizando el concepto de pobreza utilizado y su forma de medición, para dar cuenta de las brechas existentes desde un enfoque de derechos humanos. Además, se explorarán brevemente los desafíos del Estado en relación con las personas en situación de calle y la población indígena.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

La pobreza se constituye como un tópico de derechos humanos en la medida que se considera una situación inaceptable e incompatible con la dignidad de las personas, que inhibe el ejercicio de derechos fundamentales. En tal sentido, los estándares en este ámbito se refieren al goce de una vida digna y la satisfacción de un nivel de vida adecuado, ubicando a la pobreza como una situación que debe ser superada[5].

Entre los estándares internacionales es posible distinguir dos líneas: los que dan contenido al derecho a la vida digna y al nivel de vida adecuado, y que son vinculantes en tanto se encuentran en instrumentos ratificados por Chile; y aquellos que instan a los Estados al combate de la pobreza como un asunto de derechos humanos, y que son de diversa naturaleza.

Respecto del primer grupo, un estándar general lo constituye el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que reconoce "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. [Para lo cual] los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho"[6]. Además, establece la adopción de medidas contra el hambre, particularmente la implementación de programas concretos para "a) [m]ejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; [y] b) [a]segurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan"[7]. Es importante destacar que los Estados, de acuerdo con este instrumento, deben adoptar "medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"[8]. Además, deben procurar el "goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores [...] condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias"[9].

A esto la Convención de Derechos del Niño (CDN) agrega un vínculo con el bienestar de las personas en un sentido amplio, al señalar que "[l]os Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social"[10]. Para ello, "[l]os Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente respecto de la nutrición, el vestuario y la vivienda"[11].

5 Es relevante notar que desde una perspectiva de derechos humanos, la pobreza no constituye una característica *de las personas*, y por eso evitamos hablar de "personas pobres", sino que da cuenta de una situación de vulnerabilidad en la que se encuentran eventualmente las personas en un momento dado.

6 PIDESC, art. 11 Nº 1.

7 PIDESC, art. 11 Nº 2.

8 Ibídem, art. 2.1.

9 Ibídem, art.7.

10 CDN, art. 27 Nº 1.

11 Ibídem, art. 27 Nº 3.

Respecto de las obligaciones estatales en esta materia, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)[12] establece que "[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales, a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: […] h) gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones"[13].

En un sentido similar, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD) señala que "[l]os Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad"[14]. Por su parte, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CMW) aplica estos deberes a la población migrante al indicar que "[l]os Estados Partes deberán tomar medidas no menos favorables que las aplicadas a sus nacionales para garantizar que las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular estén en consonancia con las normas de idoneidad, seguridad y salud, así como con los principios de la dignidad humana"[15].

Aun cuando Chile no ha ratificado el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (conocido como Protocolo de San Salvador), es importante señalar que este también reconoce la aspiración a llevar una vida digna y la vincula con los derechos al trabajo (arts. 6 y 7), a la seguridad social (art. 9) y la educación (art. 13).

Dentro de los estándares vinculantes relacionados con la erradicación de la pobreza, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) establece que "[l]os Estados Parte adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata"[16]. Similares proposiciones se encuentran en el art. 15.3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (Protocolo de Palermo)[17], el art. 10.3 del Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía[18] y el art. 8 del Convenio OIT N°182 sobre las peores formas de trabajo infantil[19]. Por su parte, la CRPD obliga a los Estados a tomar las medidas que correspondan para "b) [a]segurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza; [y] c) asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación,

12 Es importante señalar que el Estado de Chile no ha ratificado el Protocolo Facultativo CEDAW, adoptado por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999, que reconoce la competencia del Comité CEDAW para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas.

13 CEDAW, art. 14 Nº 2.

14 CRPD, art. 28 Nº 1.

15 CMW, art. 70.

16 Convención de Palermo, art. 9.4.

17 "Cada Estado Parte promoverá o reforzará, según proceda, los programas y la cooperación para el desarrollo en los planos nacional, regional e internacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo".

18 "Los Estados Partes promoverán el fortalecimiento de la cooperación internacional con miras a luchar contra los factores fundamentales, como la pobreza y el subdesarrollo, que contribuyen a la vulnerabilidad de los niños a las prácticas de venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o en el turismo sexual".

19 "Los Miembros deberán tomar medidas apropiadas para ayudarse recíprocamente a fin de aplicar las disposiciones del presente Convenio por medio de una mayor cooperación o asistencia internacionales, incluido el apoyo al desarrollo social y económico, los programas de erradicación de la pobreza y la educación universal".

asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados"[20]. Estos estándares en su conjunto buscan combatir la pobreza, por un lado, porque dicha situación se constituye en un obstáculo para el goce pleno de derechos humanos; y por otra, porque genera un contexto propicio o acentúa las condiciones que dan pie a las vulneraciones de derechos que afectan a segmentos de especial consideración como las mujeres, las personas migrantes, los pueblos indígenas y afrodescendientes, los niños y niñas.

Los esfuerzos programáticos de los organismos internacionales de derechos humanos también han incorporado como propósito combatir la pobreza. A fines de la década de 1980, la Declaración sobre el derecho al desarrollo[21] plasmó las preocupaciones de las naciones por erradicar las injusticias sociales y las condiciones que impiden el ejercicio de derechos humanos. Particularmente, esta Declaración señala que "[l]os Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste"[22]. Esto significa, en el plano nacional, que los Estados adoptarán "todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos. Deben adoptarse medidas eficaces para lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo. Deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales"[23]. Además, la Declaración indica que "[s]e requiere una acción sostenida para promover un desarrollo más rápido de los países en desarrollo. Como complemento de los esfuerzos de los países en desarrollo es indispensable una cooperación internacional eficaz para proporcionar a esos países los medios y las facilidades adecuados para fomentar su desarrollo global"[24].

Por su parte, la Declaración y el Programa de Acción de Viena[25] pone de manifiesto que "[l]a generalización de la pobreza extrema inhibe el pleno y eficaz disfrute de los derechos humanos; [para lo cual] la comunidad internacional debe seguir dando un alto grado de prioridad a su inmediato alivio y su ulterior eliminación"[26]. A esto agrega "que la pobreza extrema y la exclusión social constituyen un atentado contra la dignidad humana y que urge tomar medidas para comprender mejor la pobreza extrema y sus causas, en particular las relacionadas con el problema del desarrollo, a fin de promover los derechos humanos de los más pobres, poner fin a la pobreza extrema y a la exclusión social y favorecer el goce de los frutos del progreso social"[27]. Asimismo, señala que dentro de las situaciones que obstaculizan seriamente el pleno disfrute de los derechos humanos se encuentran "la pobreza, el hambre y otras denegaciones de los derechos económicos, sociales y culturales"[28].

La Declaración del Milenio[29] constituye un importante esfuerzo por elaborar una agenda concreta en pos del desarrollo y la erradicación de la pobreza. En particular, propone "[n]o escatima[r] esfuerzos para liberar a nuestros semejantes, hombres, mujeres y niños, de las condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema, a la que en la actualidad están sometidos más de 1.000 millones de seres humanos"[30], para lo que resuelve "[r]educir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de habitantes del planeta cuyos ingresos sean inferiores a un dólar por día y el de las personas que padezcan hambre"[31]. Esto se constituyó posteriormente en uno de los ocho Objetivos del Desarrollo del Milenio (ODM), agenda multilateral que busca alcanzar al 2015 –por medio de metas concretas– la erradicación de

20 CDPD, art. 28 Nº 2.

21 Resolución 41/128, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986.

22 Declaración sobre el derecho al desarrollo, art. 2 Nº 3.

23 Ibídem, art. 8 Nº 1.

24 Declaración sobre el derecho al desarrollo, art. 4 Nº 2.

25 Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

26 Declaración y el Programa de Acción de Viena, art. 14.

27 Ibídem, art. 25.

28 Ibídem, art. 30.

29 Naciones Unidas. Quincuagésimo quinto período de sesiones. Resolución aprobada por la Asamblea General, A/RES/55/2* del 13 de septiembre de 2000.

30 Declaración del Milenio, art. 11.

31 Ibídem, art. 19.

la extrema pobreza y el hambre, así como otros imperativos del desarrollo.

En 2012 el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó, mediante resolución 21/11, los Principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos[32] (Principios Rectores), documento preparado por la entonces Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Sra. Magdalena Sepúlveda Carmona, y que si bien no constituyen un instrumento vinculante, orientan a los Estados en el propósito de superar la pobreza. Los Principios Rectores buscan, por un lado, asegurar el disfrute de los derechos humanos por parte de las personas que viven en pobreza y, por otro, aportan directrices normativas para la elaboración de políticas públicas en la materia. En específico, además de establecer varios principios básicos acerca de los que se erigen los derechos[33] de esta población, se proponen cuatro requisitos para su aplicación: a) que los Estados adopten una estrategia nacional integral para reducir la pobreza y la exclusión social, b) que los Estados velen porque las políticas públicas otorguen la debida prioridad a las personas que viven en la extrema pobreza, c) que los Estados garanticen que las instalaciones, los bienes y los servicios necesarios para el disfrute de los derechos humanos estén disponibles y sean accesibles, adaptables, asequibles y de buena calidad; y d) que los Estados garanticen la coherencia de las políticas.

A propósito de los acuerdos de Río+2034 y de la necesidad de establecer una agenda mundial post-2015 que continúe la senda de los ODM, en septiembre de este año se desarrolló la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. En esta instancia se adoptaron 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) para poner fin a la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia, así como enfrentar el cambio climático, propósitos que deben cumplirse al 2030. Particularmente en materia de pobreza, el ODS N°1 plantea "poner fin a la pobreza en todas su formas en todo el mundo", para ello se proponen las siguientes metas específicas[35] para el 2030:

- Erradicar la pobreza extrema para todas las personas en el mundo, actualmente medida por un ingreso por persona inferior a USD$ 1,25 al día.
- Reducir al menos a la mitad la proporción de hombres, mujeres y niños de todas las edades que viven en la pobreza en todas sus dimensiones, con arreglo a las definiciones nacionales.
- Poner en práctica a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de protección social para todos, incluidos niveles mínimos, y, para 2030, lograr una amplia cobertura de los pobres y los vulnerables.
- Garantizar que todos los hombres y mujeres, en particular los pobres y los vulnerables, tengan los mismos derechos a los recursos económicos, así como acceso a los servicios básicos, la propiedad y el control de las tierras y otros bienes, la herencia, los recursos naturales, las nuevas tecnologías apropiadas y los servicios financieros, incluida la microfinanciación.
- Fomentar la resiliencia de los pobres y las personas que se encuentran en situaciones vulnerables y reducir su exposición y vulnerabilidad a los fenómenos extremos relacionados con el clima y otras crisis y desastres económicos, sociales y ambientales.
- Garantizar una movilización importante de recursos procedentes de diversas fuentes, incluso mediante la

32 Naciones Unidas. Vigésimo primero período de sesiones. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/RES/21/11 del 18 de octubre de 2012. El contenido particular de los Principios puede consultarse en el documento A/HRC/21/39 del 18 de julio de 2012.

33 Los Principios Rectores reconocen el siguiente catálogo de derechos para las personas que viven en extrema pobreza: derecho a la vida y a la integridad física; a la libertad y la seguridad de las personas; a igual protección ante la ley, igual acceso a la justicia y medios de reparación efectivos; al reconocimiento de la personalidad jurídica; a la vida privada y a la protección del domicilio y la familia; a un nivel de vida adecuado; a una alimentación y nutrición adecuadas; al agua y el saneamiento; a una vivienda adecuada, seguridad de la tenencia y prohibición del desalojo forzoso; al más alto nivel posible de salud física y mental; al trabajo y derechos en el trabajo; a la seguridad social; a la educación; a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

34 Corresponde a la abreviatura de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, llevada a cabo en Río de Janeiro entre el 20 y el 22 de junio de 2012, instancia en la que se definieron metas a un plazo de veinte años.

35 A la espera del documento definitivo de la Cumbre sobre el Desarrollo Sostenible, las metas específicas para cada ODS se encuentran disponibles en: http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/. Para mayor información, consultar el documento A/70/L.1 que contiene la propuesta de resolución "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible".

mejora de la cooperación para el desarrollo, a fin de proporcionar medios suficientes y previsibles a los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, para poner en práctica programas y políticas encaminados a poner fin a la pobreza en todas sus dimensiones.

- Crear marcos normativos sólidos en los planos nacional, regional e internacional, sobre la base de estrategias de desarrollo en favor de los pobres que tengan en cuenta las cuestiones de género, a fin de apoyar la inversión acelerada en medidas para erradicar la pobreza.

NORMATIVA NACIONAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS

En Chile, la Constitución Política de la República reconoce que "[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"[36] y que "[e]l Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"[37]. No obstante, no hay una mención explícita relacionada con los derechos de las personas en situación de pobreza, indigencia, calle o vulnerabilidad social.

Por su parte, la normativa nacional se refiere a esta población en dos sentidos. Por un lado, como grupo objetivo de la acción de instituciones y, por otro, como beneficiaria de prestaciones sociales.

En el primer grupo de normas se encuentra la Ley 20.530[38] que crea el Ministerio de Desarrollo Social, la que establece como objetivo de la cartera "colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes, y programas en materia de equidad y desarrollo social, especialmente aquellas destinadas a erradicar la pobreza y brindar protección social a las personas o grupos vulnerables, promoviendo la movilidad e integración"[39]. Para estos efectos la ley entiende por personas o grupos vulnerables "aquellos que por su situación o condición social, económica, física, mental o sensorial, entre otras, se encuentran en desventaja y requieren de un esfuerzo público especial para participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y acceder a mejores condiciones de vida y bienestar social"[40], y por programas sociales "[el] conjunto integrado y articulado de acciones, prestaciones y beneficios destinados a lograr un propósito específico en una población objetivo, de modo de resolver un problema o atender una necesidad que la afecte"[41].

En el segundo grupo se encuentra una gran cantidad de regulaciones, sectoriales e intersectoriales y de distintos rangos normativos, que van en favor de las personas en situación de pobreza. En atención a su relevancia y estabilidad en el tiempo, se revisan a continuación solo aquellas de rango legal, en particular aquellas que han instituido prestaciones focalizadas para este segmento de la población o políticas públicas para la superación de la pobreza.

En orden cronológico, la Ley 18.469[42], que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud, señala que "[l]as personas carentes de recursos o indigentes y las que gocen de las pensiones asistenciales"[43] tienen la calidad de "beneficiarios" del Régimen de Prestaciones de Salud, pues tienen "derecho a recibir gratuitamente todas las prestaciones [médicas señaladas en los artículos 8 al 17 bis]"[44].

A continuación, la Ley 19.949[45] establece el sistema de protección social Chile Solidario, "dirigido a las familias y sus integrantes en situación de extrema pobreza, en adelante los 'beneficiarios', cuyo objetivo es promover su incorporación a las redes sociales y su acceso a mejores condiciones

36 Constitución Política de la República, art. 1 inciso primero.

37 Ibídem, inciso cuarto.

38 Publicada en el Diario Oficial el 13 de octubre de 2011.

39 Ley 20.530 que crea el Ministerio de Desarrollo Social, art. 1.

40 Ley 20.530, art. 2 Nº 2.

41 Ibídem, art. 2 Nº 1.

42 Publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 1985.

43 Ley 18.469, art. 6 letra e).

44 Ibídem, art. 17.

45 Publicada en el Diario Oficial el 05 de junio de 2004.

de vida"[46]. Para ello considera "acciones y prestaciones para familias y personas en situación de extrema pobreza, que consisten en apoyo psicosocial, acceso al subsidio familiar de la Ley N° 18.020, a la pensión básica solidaria de vejez o invalidez, al subsidio al pago de consumo de agua potable y de servicio de alcantarillado de aguas servidas de la Ley N° 18.778, y al subsidio pro retención escolar, de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 19.873, sin perjuicio del acceso preferente a otras acciones o prestaciones que se implementen o coordinen a través de Chile Solidario"[47]. En particular, el apoyo psicosocial "consiste en un acompañamiento personalizado a los beneficiarios incorporados a Chile Solidario, por parte de un profesional o técnico idóneo, con el objeto de promover el desarrollo de las habilidades personales y familiares necesarias para satisfacer las condiciones mínimas de calidad de vida, definidas por el reglamento de esta ley, y en una estrategia de intervención destinada a fortalecer la vinculación efectiva de los beneficiarios con las redes sociales y el acceso a los beneficios que están a su disposición"[48]. Para ingresar y participar en Chile Solidario la ley establece que se "utilizará[n] instrumentos técnicos y procedimientos de acreditación y verificación uniforme para todas las comunas del país, que consideren, a lo menos, el puntaje obtenido en la ficha CAS o en el instrumento que la reemplace, el ingreso familiar y las condiciones que impidan a las familias satisfacer una o más de sus necesidades básicas y participar plenamente en la vida social"[49]. Para facilitar el proceso de calificación se establece "un registro de información social, diseñado, implementado y administrado por [el Ministerio de Desarrollo Social], cuya finalidad será proveer de la información necesaria para la asignación y racionalización de las prestaciones sociales que otorga el Estado; el estudio y diseño de políticas, planes, programas y prestaciones sociales, como asimismo, de planes de desarrollo local, y de los análisis estadísticos que la administración de las prestaciones sociales requieran. El registro contendrá los datos de las familias e individuos que actual o potencialmente sean beneficiarios de prestaciones y programas públicos, de los beneficios que obtengan de los mismos, los montos que perciban por estos conceptos, las causales por las cuales tengan la calidad de beneficiarios y de sus condiciones socioeconómicas, de acuerdo a la información de que disponga [el Ministerio de Desarrollo Social] y de la que a su requerimiento le deberán proporcionar las demás entidades públicas y las que administren prestaciones sociales creadas por ley"[50].

Por su parte, la Ley 20.379 crea el Sistema Intersectorial de Protección Social, "modelo de gestión constituido por las acciones y prestaciones sociales ejecutadas y coordinadas por distintos organismos del Estado, destinadas a la población nacional más vulnerable socioeconómicamente y que requieran de una acción concertada de dichos organismos para acceder a mejores condiciones de vida"[51]. Este sistema se compone de distintos subsistemas, los que se definen como "el conjunto de acciones y prestaciones sociales ejecutadas y coordinadas intersectorialmente por distintos organismos del Estado, focalizadas en un mismo grupo de personas y familias en situación de vulnerabilidad socioeconómica"[52].

Actualmente, el Sistema Intersectorial de Protección Social se compone de los siguientes subsistemas:

- "Chile Solidario", regulado por la Ley 19.949 y orientado a las personas en situación de extrema pobreza, cuya descripción ya se hizo.
- "Chile Crece Contigo", cuyo objetivo es "acompañar el proceso de desarrollo de los niños y niñas que se atiendan en el sistema público de salud, desde su primer control de gestación y hasta su ingreso al sistema escolar"[53], para ello garantiza el acceso gratuito a educación parvularia y ayudas técnicas al 60% más vulnerable[54], y otorga acceso preferente a la oferta de servicios públicos de acuerdo con las necesidades de apoyo al desarrollo de sus hijos o hijas[55]. Este acceso

46 Ley 19.949, art. 1.
47 Ibídem, art. 2.
48 Ibídem, art. 4.
49 Ibídem, art. 5.
50 Ley 19.949, art. 6.
51 Ley 20.379, art. 1.
52 Ibídem, art. 2.
53 Ibídem, art. 9.
54 Ibídem, art. 12.
55 Ibídem, art. 13.

preferente está "dirigido a aquellas familias beneficiarias que pertenezcan a hogares que integren el 40% más vulnerable socioeconómicamente de la población, según lo determine el instrumento señalado en el artículo 5º, y que reúnan los requisitos para acceder a la oferta de servicios públicos"[56]. Para efectuar las labores de focalización cuenta con "un instrumento que permit[e] la caracterización socioeconómica de la población nacional"[57].

- "Seguridades y Oportunidades", regulado por la Ley 20.595, crea el ingreso ético familiar, así como una serie de bonos y transferencias condicionadas, a las que tienen acceso "las personas y familias que se encuentren en situación de pobreza extrema. Para el ingreso y participación en el mismo, serán calificadas por el Ministerio de Desarrollo Social […] y deberán manifestar expresamente su voluntad de cumplir con las exigencias y condiciones del Subsistema, a través de la suscripción de un documento de compromiso. A partir de tal momento, se entenderá que tales personas y familias son 'usuarios' del Subsistema"[58].

Las normas y las políticas públicas están llamadas a garantizar y asegurar la protección de los derechos humanos, como consignan los compromisos adquiridos por Chile mediante la ratificación de los tratados de derechos humanos. En particular, que las políticas públicas de superación de la pobreza tengan un enfoque de derechos implicaría, en términos concretos, incorporar los siguientes elementos esenciales (Sepúlveda, 2013):

- Contar con marcos legales e institucionales adecuados;
- Estar insertas en una estrategia global, holística, explícita, coherente y coordinada de superación de la pobreza y disfrute de los derechos;
- Respetar la dignidad, la autonomía y la agencia de las personas que viven en pobreza;
- Respetar el principio de igualdad y no discriminación, protegiendo de igual forma a todas las personas frente a riesgos, vulnerabilidades y estigmatizaciones. Esto implica, además:
  - Dar prioridad a las personas y grupos más desfavorecidos y marginados mediante mecanismos justos, eficaces, transparentes y no discriminatorios. Nadie debe ser injustamente excluido, menos aquellos grupos que ya se encuentran desempoderados. Sin perjuicio de lo anterior, se espera que los métodos de focalización se utilicen en el marco de una estrategia de largo plazo que asegure la progresión hacia esquemas de provisión universal.
  - Incluir la perspectiva de género. El diseño e implementación de los planes y programas debe ser cuidadoso de no descansar en roles y estereotipos de género, que acentúen la situación de desventaja en la que se encuentran las mujeres.
  - Respetar los estándares de accesibilidad, adaptabilidad, aceptabilidad y adecuación[59]. Esto implica remover los obstáculos administrativos, físicos y financieros para la participación en los programas sociales, que se adapten a las necesidades particulares culturales y diversas de la población destinataria, que las prestaciones tengan una cuantía y duración adecuada, y que sean de buena calidad.
- Reconocer a las personas destinatarias de las políticas el derecho a participar en el diseño, ejecución y evaluación de las mismas. La falta de una participación efectiva e incidente, que transforme las dinámicas de poder, socava la eficacia y la sostenibilidad de las iniciativas del Estado.
- Contar con mecanismos y canales adecuados de rendiciones de cuentas por parte de agentes estatales, a los fines de evitar la corrupción, el abuso, la mala gestión y la manipulación política o clientelismo. La transparencia y el acceso a la información por parte de las personas que experimentan la pobreza es fundamental para ello.

56 Ley 20.379, art. 13 inciso segundo.

57 Ibídem, art. 5.

58 Ley 20.595, art. 3.

59 Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, Observación General Nº 13.

- Disponer de mecanismos que permitan recoger quejas y denuncias por parte de la población destinataria de la política, así como con medios de reparación efectivos.
- Superar la barrera de la falta de datos estadísticos confiables y desglosados para cada uno de los grupos de especial protección como mujeres, personas con discapacidad, personas mayores, pueblos indígenas y afrodescendientes.

Así, desde una perspectiva de derechos, es necesario hacer algunos alcances preliminares a las normativas nacionales y las políticas públicas descritas con anterioridad.

El primero dice relación con que no reconocen la titularidad del derecho. En la medida que la relación queda circunscrita a la provisión de una prestación social, las personas se transforman en receptoras y el Estado en proveedor o, la mayoría de las veces, debido al modelo adoptado por Chile para la implementación de políticas públicas, en subsidiario de un tercero privado que lo proporciona, sin ejercer necesariamente una adecuada fiscalización de este como debería suceder con un Estado garante de derechos[60]. Desde una óptica de derechos humanos, las políticas sociales deben poner el acento en la persona humana, en su dignidad y en cómo eliminar los factores que profundizan su vulnerabilidad en nuestra sociedad. Esto implica un análisis crítico de las políticas de carácter asistencialista, donde el Estado toma las decisiones y ejerce el rol de autodeterminación que le corresponde a cada persona.

Sin perjuicio de que no exista un consenso acabado acerca del rol del Estado en estas materias, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce la obligación del Estado de intervenir –ya sea regulando, fiscalizando o implementando planes y medidas concretas–, a los fines de cumplir sus compromisos internacionales. Como se menciona en el Informe Anual 2011, "en estas materias es posible reconocer el rol insustituible del Estado como garante de los derechos y libertades de las personas. […] un Estado fuerte y eficiente, con un rol activo en los asuntos públicos, es una condición indispensable para que la democracia funcione de manera aceptable. Desde el punto de vista de los derechos humanos, este es un requisito cuya relevancia es necesario destacar, en un contexto donde el débil rol del Estado en garantizar servicios básicos de calidad, así como en la regulación y control de algunos sectores de la economía, ha llevado a situaciones de profunda injusticia social y vulneraciones de derechos frente a las cuales la ciudadanía reclama hoy" (INDH, 2011, pág. 9).

El segundo, es que la acción del Estado planteada mediante estas normas y políticas públicas se encuentra focalizada en algunos elementos de la vida digna, como se explicará con más detalle en las páginas que siguen, sin una mirada integral del abanico de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales a las que las personas deben acceder en consonancia con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado. A este respecto, es importante recalcar que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, es decir, no solo son igualmente importantes, sino que deben ser considerados juntos, integralmente, a los fines de garantizar su eficacia para el respeto de la dignidad de toda persona. Así, la omisión o vulneración de un derecho suele repercutir en otras garantías.

Aun cuando las prestaciones, las políticas públicas o el Sistema de Protección Social se denominen intersectoriales o busquen una aproximación más compleja al fenómeno de la pobreza, se nota una distancia entre los principios que se propugnan, muchas veces con una retórica fuerte de derechos humanos, y la forma en que se concretan los programas sociales. Relacionado con esto, es importante señalar que el hecho de que las acciones del Estado en favor de las personas en situación de pobreza se materialicen principalmente por prestaciones sociales, bonos y transferencias condicionadas, más que superar la pobreza o alcanzar un nivel de vida adecuado, tienden a paliar o mejorar temporalmente las circunstancias en que viven, dejando espacio para que quienes quedan en una situación de vulnerabilidad

60 Sobre esta materia, el INDH señaló en el Informe Anual 2011 que "[..] en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto el derecho al trabajo y los derechos laborales, como la salud, la educación, la vivienda y la previsión social, más allá de sus especificidades, [se] sufren vulneraciones cotidianamente en la medida en que el Estado –actuando en su rol subsidiario– no ha logrado contar con regulaciones acordes con estándares de derechos humanos ni fiscalizar adecuadamente estos ámbitos y el actuar de los actores involucrados" (INDH, 2011, pág. 10). Además, se indicó que "aun cuando entregue potestades a terceros, ello no lo exime de esta obligación [de garante] particularmente cuando se trata de personas y colectivos desfavorecidos o marginados que no cumplen los requisitos establecidos por los sistemas privados" (INDH, 2011, pág. 231).

vuelvan a experimentar los embates de la pobreza. Esto se agudiza más cuando las intervenciones no se hacen cargo de la multidimensionalidad del fenómeno de la pobreza o no consideran todas las dimensiones de los derechos humanos, que van más allá del acceso a un servicio. En este sentido, es importante recordar que las obligaciones del Estado de respeto, garantía y protección de los derechos humanos, obligaciones que se cumplen no solamente por medio de la dictación o modificación de normas jurídicas, sino que también a través del establecimiento de políticas públicas que integran los principios estructurales de derechos humanos, como la igualdad y no discriminación, la participación ciudadana y el acceso a la información. En especial en materia social, las políticas públicas deben cumplir con el deber de progresividad en relación con los derechos económicos, sociales y culturales y, en consecuencia, la prohibición de adoptar medidas regresivas.

Por último, un aspecto que no se puede dejar de mencionar es la focalización de las acciones estatales a partir de un instrumento de caracterización socioeconómica o vulnerabilidad social. Actualmente el Estado utiliza la Ficha de Protección Social –que reemplazó a la Ficha CAS usada anteriormente, cuyo foco era la caracterización socioeconómica–, que mide la vulnerabilidad de una familia o su riesgo de estar o caer en situación de pobreza, para ello considera las características demográficas, sociales y económicas del núcleo. El resultado es un puntaje que varía entre los 2.000 y 20.000 puntos, que permite estratificar a las familias y determinar cuáles pueden acceder a las prestaciones o beneficios sociales. Cuando una familia obtiene menos de 8.500 puntos se encuentra en el 20% más vulnerable de la población, mientras que si suma menos de 11.734 puntos está en el grupo del 40% más vulnerable. En este marco, la adopción reciente de una medición multidimensional de la pobreza constituye un avance necesario que contribuye a la adopción de un enfoque de derechos en el quehacer del Estado. Esto no es menor, pues como se ve a continuación, la determinación de los contenidos del concepto de pobreza o vulnerabilidad social y la forma que se adopte para su medición pueden desencadenar formas de enfrentar las obligaciones internacionales opuestas a los estándares de derechos humanos.

1

EL CONCEPTO DE POBREZA Y SU FORMA DE MEDICIÓN EN CHILE

La pobreza puede ser entendida de diversas maneras, dependiendo del enfoque y la definición operacional que se adopte. Ello tiene consecuencias en el fragmento de la realidad que se releva, pero también respecto de la forma en que dicha situación se mide y las consecuentes decisiones de política pública que se toman.

En términos teóricos, la conceptualización que tradicionalmente ha adoptado Chile de la pobreza tiene tres elementos: a) releva la existencia de un "estándar de vida mínimo", que, independiente de sus componentes específicos, permite la subsistencia de una persona en términos materiales; b) es indirecta, pues pone el acento en la satisfacción de dicho nivel de vida mediante el ingreso, propio o con apoyo de terceros, que redunda en un determinado poder de consumo; y c) es absoluta, en el sentido que establece puntos de corte concretos –como la "línea de pobreza" y la "línea de extrema pobreza"– que permiten diferenciar a quienes satisfacen condiciones mínimas de quienes no pueden hacerlo. Esto, independientemente que para otros asuntos de política pública se utilice el ingreso de las personas para estratificar la población y permita la comparación de diversos grupos en términos relativos.

Basado en esto, el Ministerio de Desarrollo Social adoptó la siguiente definición: "un hogar está en situación de pobreza extrema si su ingreso mensual por persona (per cápita) es inferior a la 'línea de pobreza extrema', es decir, al ingreso mínimo establecido para satisfacer las necesidades básicas alimentarias de una persona en ese mismo período. A su vez, un hogar se ha considerado en situación de pobreza si su ingreso mensual per cápita es inferior a la 'línea de pobreza', o ingreso mínimo establecido para satisfacer las necesidades básicas alimentarias y no alimentarias de una persona en ese mismo período" (Ministerio de Desarrollo Social, 2015a, pág. 10).

Si se compara esta definición de pobreza con la propuesta en los Principios Rectores, que la entiende como aquella situación "que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de

vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales"[61], se obtiene un contrapunto interesante. Mientras a nivel nacional la pobreza se reduce al plano económico y al bienestar material, desde los derechos humanos se hace hincapié en que es un fenómeno multidimensional que comprende tanto la falta de ingresos como de las condiciones y capacidades básicas para vivir con dignidad. Esto es relevante en la medida que, si bien se realiza una medición complementaria de la pobreza en términos multidimensionales desde 2013, la concepción de la pobreza como una cuestión monetaria sigue arraigada en el quehacer público.

Las diferencias también se presentan en la definición de extrema pobreza, en la medida que Chile pone énfasis solamente en la subsistencia alimentaria, mientras que los Principios Rectores la definen como "una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social"[62], en que "una falta prolongada de seguridad básica afecta a varios ámbitos de la existencia al mismo tiempo, comprometiendo gravemente las posibilidades de las personas de ejercer o recobrar sus derechos en un futuro previsible"[63].

Consultado sobre esta materia, Juan Carlos Feres, especialista en pobreza y Presidente de la Fundación para la Superación de la Pobreza (FSP), señaló que "la pobreza, además de ser un concepto con múltiples significados, es muy dinámico. Hablar de pobreza en el Chile de hoy no tiene los mismos alcances y significados que hace 30 años atrás. Dicho dinamismo depende no solo de los niveles de desarrollo del país –asimilados fundamentalmente al desarrollo material–, sino también de la aproximación que se tenga desde el punto de vista cultural de las relaciones sociales que se establecen, las aspiraciones sobre cómo vivir en sociedad y lo que constituye el ámbito de las obligaciones y los derechos de cada uno de sus miembros"[64]. Para Feres, abordar la pobreza desde una perspectiva de derechos humanos significa entenderla como "un insuficiente desarrollo de las capacidades y la vulneración de derechos, que impiden que las personas –más allá del tener– estén en condiciones de hacer, ser y estar, para de ese modo llevar adelante el plan de vida al que legítimamente tienen derecho a aspirar"[65]. Respecto del enfoque utilizado en Chile para concebir la pobreza, señaló que "las necesidades insatisfechas son, sin duda, un componente de las realidades de pobreza y marcan una situación no deseable. Sin embargo, estas quedan asociadas a elementos contingentes, tanto de la vida biológica como del desenvolvimiento social más inmediato, sin apuntar a las capacidades, elemento que es igualmente constitutivo de las realidades y las experiencias de pobreza. En este sentido, no todo se resuelve desde el punto de vista de observar quién está satisfaciendo qué tipo de necesidades, también hay que dilucidar si las personas están en condiciones de atenderlas autónomamente –más los arreglos institucionales que surjan de la vida social– y si cuentan con las capacidades para poder resolverlas. Desde esta óptica, por ejemplo, puede que una persona esté en condiciones de insertarse en el mercado de trabajo, pero no cuente con la capacidad educativa para hacerlo en un trabajo con una remuneración que le garantice, posteriormente, acceder a la adquisición de los satisfactores que le van a cubrir sus necesidades más elementales. De esta manera, es posible advertir que Chile tiene un concepto de pobreza anclado históricamente en el 'tener', en superar carencias muy visibles y elementales"[66].

Al respecto, Osvaldo Larrañaga, economista y actual Coordinador del Área de Reducción de la Pobreza y la Desigualdad de PNUD, ha señalado que "hay aspectos centrales del bienestar de las personas que deben ser evaluadas en dimensiones distintas al ingreso. No hacerlo significa que se trabaja con una medida parcial del bienestar de la población,

61 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2001/10, párr. 8.

62 A/HRC/7/15, párr. 13.

63 A/HRC/21/39, párr. 2.
A la base de esto se encuentra la definición aportada por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el documento E/CN.4/ Sub.2/1996/13, donde se establece: "La precariedad es la ausencia de una o varias seguridades que permiten a las personas y familias el asumir sus responsabilidades elementales y gozar de sus derechos fundamentales. La inseguridad producida por esta precariedad puede ser más o menos extensa y tener consecuencias más o menos graves y definitivas. Conduce frecuentemente a la gran pobreza cuando afecta a varios ámbitos de la existencia, tiende a prolongarse en el tiempo haciéndose persistente y obstaculiza gravemente las posibilidades de recobrar los derechos y reasumir las propias responsabilidades en un futuro previsible".

64 Entrevista a Juan Carlos Feres, Presidente de la Fundación para la Superación de la Pobreza, realizada por el INDH el 1 de octubre de 2015.

65 Ibídem.

66 Ibídem.

con consecuencias negativas en dos planos. Primero, la caracterización del bienestar es incompleta. Puede haber dos países con igual tasa de pobreza según ingresos, pero desigual cobertura en los servicios sociales. La caracterización exclusiva de la población según ingresos provee una información errónea del bienestar de las respectivas poblaciones. Segundo, la labor de la política pública tiende a ser más floja en ausencia de la medición de sus efectos en la población, con resultado negativo en el bienestar de la población que accede a estos servicios" (Larrañaga, 2007, págs. 7-8).

Por su parte, la Comisión Asesora Presidencial de Expertos para la Actualización de la Línea de la Pobreza y la Pobreza Extrema, convocada por el entonces presidente Sebastián Piñera, en diciembre de 2012, manifestó en su informe final que "la realidad muestra que las familias enfrentan carencias en diversas dimensiones de sus vidas, más allá del ingreso o gasto, muchas de las cuales no son fáciles de expresar en valores monetarios. No podemos reducir la existencia humana solo al 'tener', hoy entendemos que esta se expresa también en los ámbitos del ser, hacer y estar. En tal sentido, la medición de la pobreza exclusivamente por medio del ingreso o gasto no es suficientemente amplia para abarcar todos los aspectos de la misma y por ello en los últimos años han cobrado relevancia las mediciones de pobreza multidimensional" (Comisión para la Medición de la Pobreza, 2014, págs. 17-18).

Así, no obstante que aún hay espacios para mejoras, es destacable que en los últimos años se haya establecido un vínculo entre la forma de medir la pobreza en nuestro país y el concepto de vulnerabilidad. Esto, porque transforma la pobreza de una situación inmutable a una de carácter dinámico, es decir, de la que se puede salir, pero también volver a entrar, lo que otorga mayor densidad a su análisis y permite incorporar una mirada longitudinal en la población que la experimenta. También es valorable que se haya cambiado el foco desde los individuos a los hogares, lo que trae como derivada, reconocer que las carencias se experimentan colectivamente.

En términos de la medición de la pobreza, la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN), realizada por el Ministerio de Desarrollo Social, es el principal instrumento oficial utilizado para estos efectos. Se trata de una encuesta presencial a hogares y personas en viviendas particulares, cuya periodicidad es de 2 a 3 años, ocurriendo la última medición el 2013.

Los objetivos de esta encuesta son: a) conocer periódicamente la situación de los hogares y de la población, especialmente de aquella en situación de pobreza y de aquellos grupos definidos como prioritarios por la política social, con relación a aspectos demográficos, de educación, salud, vivienda, trabajo e ingresos. En particular, estimar la magnitud de la pobreza y la distribución del ingreso; identificar carencias y demandas de la población en las áreas señaladas; y evaluar las distintas brechas que separan a los diferentes segmentos sociales y ámbitos territoriales; y b) estimar la cobertura, la focalización y la distribución del gasto fiscal de los principales programas sociales de alcance nacional entre los hogares, según su nivel de ingreso, para evaluar el impacto de este gasto en el ingreso de los hogares y en la distribución del mismo.

Para alcanzar estos objetivos se utiliza un método indirecto basado en la medición de los ingresos[67] del hogar, en tanto variable predictora de la capacidad de financiar un nivel mínimo de subsistencia. Para estimar este límite se utiliza una Canasta Básica de Alimentos (CBA)[68] establecida de acuerdo con los resultados de la Encuesta de Presupuestos Familiares (EPF), la que se monetariza y ajusta según el Índice de Precios al Consumidor (IPC). Desde fines de la década de 1980, la medición tradicional por ingresos considera que el financiamiento de 1 CBA constituye la "línea de pobreza extrema", mientras que el coste de 2 CBA corresponde a la "línea de pobreza".

La última medición de la CASEN del 2013 consideró, entre otras cosas, la actualización de la línea de extrema pobreza, la que quedó establecida en 2/3 del valor de la línea de pobreza, y su diferenciación de acuerdo con el tamaño del hogar. Esto implica operar con varias líneas de pobreza y pobreza extrema, las que en concreto corresponden a los siguientes montos:

67 El ingreso del hogar se define como la suma del ingreso autónomo del hogar, las transferencias monetarias que recibe el hogar del Estado y una imputación por concepto de arriendo de la vivienda, cuando esta es habitada por sus propietarios.

68 La última versión de la CBA considera un umbral de requerimientos de 2.000 calorías diarias promedio por persona.

LÍNEAS DE POBREZA Y POBREZA EXTREMA, ZONA URBANA, 2013. METODOLOGÍA TRADICIONAL Y NUEVA (PESOS DE NOVIEMBRE 2013)

Tamaño del hogar	Línea de pobreza extrema		Línea de pobreza extrema	
	Metodología tradicional	Nueva metodología	Metodología tradicional	Nueva metodología
1	$ 39.725	$ 91.274	$ 66.084	$ 136.911
2	$ 79.450	$ 148.275	$ 132.168	$ 222.413
3	$ 119.175	$196.939	$ 198.252	$ 295.409
4	$ 158.900	$ 240.874	$ 264.336	$ 361.310

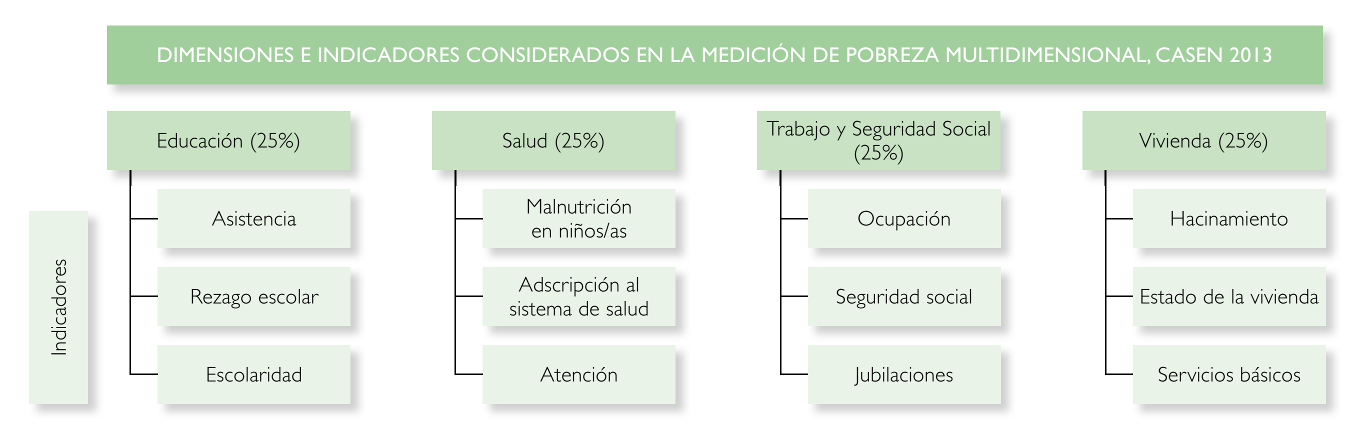
Fuente: Ministerio de Desarrollo Social.

Además se agregó una medición de pobreza multidimensional, la que reconoce que el bienestar, las necesidades y la situación de pobreza de las personas no solo depende de contar con ingresos suficientes para adquirir una canasta básica, sino también de la satisfacción de sus necesidades y ejercicio de derechos en las siguientes áreas: educación, salud, vivienda, trabajo y seguridad social, las que tienen el mismo peso para la estimación del índice agregado de pobreza multidimensional. Cada dimensión cuenta con tres indicadores, los que son evaluados a nivel del hogar. Posteriormente se totaliza la cantidad de indicadores en los que el hogar no cumple con lo estipulado, valor que se contrasta con un "umbral de pobreza multidimensional" fijado en 25%. De esta forma, basta con que un hogar tenga carencias en tres indicadores, o en una dimensión completa, para considerarlo en situación de pobreza multidimensional.

De acuerdo con los resultados de la CASEN 2013, 14,4% de la población se encuentra en situación de pobreza por ingresos, 20,4% lo está a partir de la medición multidimensional y 5,5% experimenta pobreza en ambas mediciones. Por su parte, el Cuarto Informe de Chile relativo al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio señala que "en la primera década de este siglo los resultados observados indican una disminución sustantiva de la pobreza. Entre el 2000 y 2011 el porcentaje de personas cuyos ingresos son inferiores a 1,25 dólar por día (PPA) disminuye de 3,2% a 0,6%" (Gobierno de Chile, 2014, pág. 6).

La medición multidimensional de la pobreza constituye un esfuerzo valorable, en el sentido que busca dar cuenta de una mayor complejidad y profundidad en su abordaje, contribuyendo a incorporar una mirada integral al fenómeno. Sin perjuicio de ello, es importante señalar al menos dos desafíos desde una perspectiva de derechos humanos.

Un primer reto tiene relación con la noción de multidimensionalidad, la que se acota a cuatro dimensiones que se relacionan únicamente con derechos sociales, sin incluir aspectos vinculados con el goce de derechos civiles y políticos, que son también relevantes en términos de garantizar la vida digna. Ampliar la medición a estos ámbitos no solo otorgaría mayor densidad a la comprensión de la pobreza, sino que materializaría los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.



Fuente: Ministerio de Desarrollo Social.

Si bien la selección de las dimensiones que actualmente componen la pobreza multidimensional se sustenta en parámetros metodológicos (como la confiabilidad o la experiencia comparada) o en argumentos de orden fáctico (como la disponibilidad de estadísticas para su caracterización), ello no obsta que el Estado pueda avanzar hacia una medición con enfoque de derechos humanos. Esto implicaría, en un sentido estricto, incluir todos los elementos señalados en el art. 11 del PIDESC ("un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y una mejora continua de las condiciones de existencia") y, en un sentido amplio, dar cabida a aquellos aspectos que inciden en la calidad de vida de las personas como la participación en la vida cultural, el transporte, las telecomunicaciones o el acceso a un medio ambiente libre de contaminación.

En relación con esto, el informe de la Comisión Asesora Presidencial de Expertos para la Actualización de la Línea de la Pobreza y la Pobreza Extrema señaló que "[l]a pobreza es un fenómeno complejo, un problema que deriva de múltiples causas y genera variadas consecuencias. El análisis de los ingresos de los hogares es sin duda una forma útil e informativa de medir pobreza, y su complemento con la medición de las carencias que experimentan los hogares enriquece el análisis al considerar nuevas dimensiones de la problemática. Sin embargo, estas mediciones resultan insuficientes para lograr una comprensión más acabada del fenómeno, por lo que requieren ser complementadas con información adicional para la adecuada toma de decisiones de la política pública" (Comisión para la Medición de la Pobreza, 2014, pág. 117).

El segundo desafío se relaciona con la selección de los indicadores para caracterizar cada ámbito, los que –en aras de una medición integral– deberían ir más allá de la cobertura y dar paso a otras dimensiones de los derechos humanos como la aceptabilidad, accesibilidad, disponibilidad y la adaptabilidad.

A modo de ejemplo, la dimensión "vivienda" de la medición chilena de pobreza multidimensional considera tres indicadores: i) el hacinamiento, ii) el estado de la vivienda, y iii) el acceso a servicios básicos, particularmente al agua potable y la eliminación de excretas. Esto contrasta con el reconocimiento que el derecho internacional de los derechos humanos otorga a la "vivienda adecuada", la que dentro de sus atributos incluye no solo aspectos de materialidad (aislamiento y abrigo) e infraestructura (tamaño, iluminación y ventilación), sino también de seguridad de la tenencia, disponibilidad de servicios (agua potable, energía e instalaciones sanitarias), gastos soportables, accesibilidad, ubicación (conectividad con lugares de trabajo, estudio y atención de salud) y adecuación cultural.

Acerca de este tópico, Juan Carlos Feres señaló al INDH que: "si bien es clara la máxima de que lo que no se mide no existe, también es cierto que lo que se mide mal lleva a una comprensión parcial de la realidad y a que nuestras políticas sean insuficientes o sesgadas. Ahora se puede decir que no solo tenemos una medición monetaria de la pobreza con parámetros un poquito más actualizados, también tenemos una medición multidimensional pero que incorpora dimensiones muy acotadas. Chile ha dado pasos importantes en el último tiempo, vaya que le costó, pero medir un concepto integral de pobreza, que esté en sintonía con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos plantea exigencias de contenido mayores a las que actualmente está usando el Ministerio de Desarrollo Social. Esto tiene que ver con que las dimensiones subyacentes a la pobreza queden bien capturadas a través de los indicadores utilizados, porque si el derecho a la educación se sigue acotando al acceso a la educación escolar y midiendo la disponibilidad de pupitres en la sala de clases, siempre vamos a estar bien. Para garantizar el derecho a la educación eso no es suficiente, hay que medir otras cosas que permitan –por ejemplo– saber cuál es el nivel de calidad al que efectivamente están accediendo nuestros hijos y si esa educación les permite posteriormente una adecuada inserción al mercado de trabajo y a la sociedad en general"[69].

PERSONAS EN SITUACIÓN DE CALLE

Aun cuando Chile ha logrado disminuir significativamente la incidencia de la pobreza e indigencia en la población, persiste un núcleo duro de personas que experimentan condiciones

69 Entrevista a Juan Carlos Feres, Presidente de la Fundación para la Superación de la Pobreza, realizada por el INDH el 1 de octubre de 2015.

de especial fragilidad y precariedad. Las personas en situación de calle, entendidas como aquellas que "carecen de residencia fija y que pernoctan en lugares, públicos o privados, que no tienen las características básicas de una vivienda aunque cumplan esa función (no incluye campamentos). Asimismo, aquellas personas que de conformidad con una reconocida trayectoria de situación de calle reciben alojamiento temporal o por períodos significativos, provisto por instituciones que les brindan apoyo biopsicosocial" (Ministerio de Desarrollo Social, 2014a, pág. 47), son parte de este segmento.

A la fecha se han desarrollado dos catastros nacionales de personas en situación de calle, uno en 2005 y otro en 2012. El Segundo Catastro detectó a 12.255 personas en situación de calle a nivel nacional, 5.001 más que en su primera versión. De este total, 84% son hombres, los que tienen mayor presencia en las regiones del Maule, Los Lagos y Atacama. En promedio, las personas en situación de calle tienen 44 años de edad y llevan 5,8 años en dicho contexto. Entre las causas de índole biográfica que provocan la situación de calle se encuentran las trayectorias laborales accidentadas, las rupturas familiares, el consumo problemático de drogas y alcohol. Además se constata que 56,4% de las personas catastradas presenta algún tipo de discapacidad y 49% señala requerir medicamentos especializados para alguna afección, datos que en su conjunto muestran la fragilidad de esta población en materia de salud (Ministerio de Desarrollo Social, 2012).

Para hacer frente a estas y otras dificultades, como el maltrato, la discriminación y la exclusión social que padecen, el Ministerio de Desarrollo Social ha reconocido a las personas en situación de calle como un grupo prioritario para su acción. En pos de ello, creó en 2011 la Oficina Nacional de Calle y en 2014 presentó la Política Nacional de Calle, cuyo objetivo es "contribuir a la inclusión social de las personas en situación de calle, revirtiendo los prejuicios y conductas discriminatorias hacia este grupo de la población, y reconociendo sus derechos y aptitudes para superar la situación de calle, mediante el despliegue de estrategias, acciones y compromisos intersectoriales en favor de las personas que viven o podrían llegar a vivir en situación de calle" (Ministerio de Desarrollo Social, 2014b, pág. 18). Para materializarse, la Política Nacional se articula en cuatro ejes: a) conocer la situación de calle, b) prevenir la situación de calle, c) proteger a las personas en situación de calle, y d) promover la superación de la situación de calle.

De acuerdo con el Informe de Desarrollo Social 2014, actualmente –y tras una reorganización de las iniciativas estatales– la oferta pública específica en favor de las personas en situación de calle se compone de dos programas:

- Programa de Apoyo a Personas en Situación de Calle: iniciado en el marco de Chile Solidario, se orienta a que las personas en situación de calle mejoren sus condiciones psicosociales o superen la situación de calle, mediante el despliegue de alternativas de seguridad y protección, y el desarrollo de capacidades psicosociales y sociolaborales que les permitan su inclusión social. En 2014 tuvo una cobertura de 2.200 personas y un financiamiento por M$ 3.729.424.
- Programa Noche Digna, compuesto por las siguientes iniciativas:
    - Plan de Invierno: cuyo objetivo es brindar protección a las personas que se encuentran en situación de calle en nuestro país en la época de bajas temperaturas, de modo de prevenir los deterioros graves en su salud, mediante el mejoramiento de las condiciones en que pernoctan, viven y se alimentan.
    - Centros Temporales para la Superación: orientado a entregar alojamiento temporal y servicios básicos para personas en situación de calle, que complementen la oferta instalada para esta población.
    - El 2014, el Programa Noche Digna contó con un presupuesto de M$ 5.315.314 y una cobertura de 8.390 personas (Ministerio de Desarrollo Social, 2014a).

Para Francisco Javier Román, Director Ejecutivo de la Fundación Gente de la Calle, organización que integra la Red de Trabajo con Personas en Situación de Calle (Red Calle), entre los problemas que se detectan en el abordaje que realiza el Estado respecto de esta población, uno de base es la conceptualización que se realiza de las personas en situación de calle. Al respecto, señala que "el concepto pone

como el componente más relevante la falta de techo, como si ese fuese el problema de ese colectivo. Entiendo que eso es para sintonizar con los conceptos que se usan internacionalmente, pasar a hablar de los 'sin techo' y no usar etiquetas que incitan la discriminación, pero hablar de 'personas en situación de calle' esconde la diversidad y unifica, siendo que en su interior tiene realidades muy específicas, cada una con sus propias complejidades y necesidades, que requieren atenciones especiales y diversificadas. Hay casi 1.000 niños en situación de calle, alrededor de 2.000 pacientes psiquiátricos y un poco más de 2.000 adultos mayores, todos ellos no pueden ser tratados de la misma forma. Por ello, nosotros hemos planteado que la definición de 'situación de calle' debiese ser por negación, es decir, incluir sólo a los mayores de 18 años y menores de 60 que no tengan discapacidad. Seguir hablando de la generalidad de personas en situación de calle creo que aporta poco"[70].

En sintonía con esto, un estudio desarrollado por profesionales ligados a Hogar de Cristo y SENAMA plantea que "[e]n Chile, tanto el gobierno como las ONG han utilizado el término 'situación de calle' para referirse a la condición de esta población, entendiéndola como carencia de 'hogar', que correspondería a la falta de una casa donde resguardarse, sumado a la ausencia de una familia. El estar en 'situación de calle', evidencia una circunstancia social, más que una categoría o condición individual. Probablemente la concepción que mejor engloba esta idea no es la tradicional de pobreza, entendida como un conjunto de carencias, sino la de exclusión social que refiere al proceso de desvinculación o quiebre (paulatino) de los vínculos afectivos (familia, amigos, etc.) y vínculos institucionales (escuela, trabajo, redes de apoyo, etc.)" (Ossa & Lowick-Russell, 2005, pág. 3).

Para CalleLink, movimiento liderado por Benito Baranda, "[l]a situación de calle se puede entender como un síntoma. Nos muestra las grietas de aquello que hemos construido y aparece como el resultado de múltiples mecanismos de segregación y exclusión. Si los problemas familiares aparecen como la principal causa de la situación de calle probablemente debamos revisar el funcionamiento de nuestras instituciones, ya que fallan a la hora de prevenir rupturas y contener los efectos de diversos traumas. [Esto] quiere decir que el límite entre las causas biográficas (historias personales y familiares) y las causas estructurales (los problemas y vacíos institucionales) no es claro y de esto implica que un elemento pueda ser al mismo tiempo causa de llegada a la situación de calle, explicación de la permanencia en ella o un efecto de la misma. El desconocimiento y la invisibilización de la situación de calle dan origen a una serie de prejuicios y desconfianzas que dificultan la superación y repercuten en el bienestar, la calidad y la esperanza de vida de toda la población. En este contexto, la situación de calle representa un desafío, tanto para las políticas de Estado como para las acciones de la Sociedad civil y de la ciudadanía en su conjunto" (CalleLink, 2014).

Respecto de los planes y programas estatales orientados a las personas en situación de calle, el Director Ejecutivo de la Fundación Gente de la Calle manifestó al INDH que "para efecto de la política pública, más que ser sujetos de las acciones de una Oficina de Calle, cada segmento debiese ser sujeto de preocupación de la entidad que corresponde: los niños en situación de calle debieran ser atendidos por SENAME, los pacientes psiquiátricos por SENADIS y los adultos mayores por SENAMA. Este intento por agruparlos todos a partir de la precariedad de su techo, por un lado, los aleja de su grupo de referencia y, por otro, diluye la responsabilidad que el Estado tiene a través de sus organismos especializados"[71]. A esto agrega: "si bien hay un avance que se ha dado en poco tiempo, pues recién hace 11 años atrás el Estado empezó a mostrar preocupación por la situación de calle al implementar un programa piloto llamado Calle Chile Solidario –que era una adaptación del programa Chile Solidario para este segmento–, y ha crecido el presupuesto disponible de 1.000 millones iniciales a casi 9.000 millones de pesos en la actualidad, la política pública implementada en este tiempo se ha dedicado a administrar el problema y no resolverlo. Si se despejan aquellas poblaciones que debieran ser atendidas sectorialmente queda un colectivo relativamente pequeño, abordable, que está

70 Entrevista a Francisco Javier Román, Director Ejecutivo de la Fundación Gente de la Calle, realizada por el INDH el 21 de agosto de 2015.

71 Entrevista a Francisco Javier Román, Director Ejecutivo de la Fundación Gente de la Calle, realizada por el INDH el 21 de agosto de 2015.

caracterizado y tiene recursos disponibles, pero falta decisión y voluntad política para abordar la situación de calle en toda su complejidad"[72]. Por último, consultado acerca de la adopción de un enfoque de derechos para el abordaje de la situación de calle, Román manifiesta: "hay muchos desafíos cómo mejorar la labor postpenitenciaria para que las personas tengan donde ir cuando salen de la cárcel, cambiar normativas o generarlas cuando no las hay, definir las responsabilidad del Estado y todos los actores involucrados, pero bien de fondo está la adopción de un enfoque de derechos. Es necesario que se entienda que las personas en situación de calle tienen derechos y que su problema se resuelve desde ese enfoque, pues la solidaridad y la caridad no se ajustan ni son suficientes".

A partir de la información disponible, es posible señalar que la preocupación del Estado respecto de las personas en situación de calle es reciente, sus esfuerzos programáticos específicos son acotados, y a pesar de que la Política Nacional establece cuatro ámbitos de acción, los siete objetivos específicos comprometidos para el período 2015-2021 se relacionan mayoritariamente con los ejes de prevención de la situación de calle y protección de las personas en esta circunstancia. En este sentido se observan menores esfuerzos para la generación de información oficial que, como ha dicho el INDH sostenidamente, es de especial relevancia para contar con antecedentes suficientes (periódicos, de orden cualitativo y cuantitativo, que den cuenta de la magnitud y dinámica del problema) y tomar buenas decisiones de política pública.

Además, desde una perspectiva de derechos humanos, llama la atención que –siendo un segmento de la población que experimenta una situación de especial fragilidad– los recursos fiscales se destinen mayoritariamente a aquellas intervenciones que son más esporádicas (como la habilitación de albergues para que pernocten en época de invierno) o que son de bajo impacto para su ejercicio de derechos y se relacionen, más bien, con una entrega asistencial de alimentos o servicios básicos. Esto último es reconocido por la misma entidad pública a cargo, la que señala que "aún se requiere mejorar procedimientos, estándares y modelos de intervención de los programas Calle y Noche Digna, para que estén acordes a un enfoque de derechos" (Ministerio de Desarrollo Social, 2014a, pág. 48).

72 Entrevista a Francisco Javier Román, Director Ejecutivo de la Fundación Gente de la Calle, realizada por el INDH el 21 de agosto de 2015.

POBREZA Y PUEBLOS INDÍGENAS

Otra realidad de pobreza y pobreza extrema de gravedad en el país es la que afecta a la población que integra los pueblos indígenas, la que según datos de la encuesta CASEN 2013 alcanza a 1.565.915 personas indígenas (Ministerio de Desarrollo Social, 2015c).

Si bien los obstáculos que los pueblos indígenas enfrentan en el ejercicio de sus derechos trascienden los de su situación de pobreza, y están relacionados más bien con limitantes jurídicas y políticas –como su exclusión de las instancias de decisión, la privación de parte importante de sus tierras de ocupación tradicional, la discriminación racial y cultural de que son objeto, materias que han sido analizadas en Informes Anuales anteriores–, el INDH también ha llamado la atención acerca de la situación de desigualdad socioeconómica que, como consecuencia de ello, enfrentan en relación con la población no indígena. Así, en 2012, y a propósito de un estudio de CEPAL, el INDH señaló que "[…] a pesar de las políticas públicas implementadas y del mejoramiento de los indicadores sociales persiste un cuadro de '[s]istemáticas inequidades tanto en la distribución del poder político como en el acceso a recursos materiales y sociales" (INDH, 2012, pág. 61).

Si bien la encuesta CASEN 2013 evidencia una disminución de la pobreza en la población indígena en relación con mediciones anteriores, se advierte una persistente brecha con los niveles de pobreza de la población no indígena. Así, la pobreza por ingresos alcanza al 23,4% de la población indígena versus el 13,5% en la población no indígena. En relación con el porcentaje de personas en situación de extrema pobreza por ingresos, mientras esta alcanzaba al 8,2% de la población indígena, la misma llegaba al 4,1% en la población no indígena. Esta brecha aumenta cuando se considera la pobreza multidimesional: de acuerdo con los nuevos criterios de medición de la pobreza antes identificados, esta alcanza a 31,2% en el caso de la población indígena y al 19,3% de la población no indígena. Además, no es casual que La

Araucanía –la zona de más alta demografía indígena– sea la región más pobre del país (Ministerio de Desarrollo Social, 2015c). Una situación similar se observa en la región de Los Ríos, donde la pobreza asciende al 23,1% de la población y la presencia de población indígena corresponde al 22%.

Las estadísticas antes referidas dan cuenta de que las políticas públicas dirigidas a los pueblos indígenas, si bien han permitido reducir en parte su situación de pobreza y pobreza extrema, no han sido capaces de revertir la situación de desigualdad que experimentan en relación con el resto de la población del país. Todo parece indicar que se trata de una situación de desigualdad estructural que, junto a programas de apoyo al desarrollo material, requiere de otras acciones del Estado.

En este sentido, el INDH coincide con el Relator Especial Philip Alston, quien sostuvo que la superación de la situación de pobreza y pobreza extrema de los pueblos indígenas debe ser abordada de manera integral y supone varias acciones, entre las que se incluyen el reconocimiento de su existencia y sus derechos a nivel constitucional, el establecimiento de mecanismos institucionales de participación y representación indígena, así como el financiamiento adecuado para dar solución al tema territorial (Alston, 2015), desafíos que han sido identificados por el INDH anteriormente.

BIBLIOGRAFÍA

Alston, P. (24 de marzo de 2015). *Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre extrema pobreza y derechos humanos, Philip Alston.* Obtenido de ACNUDH: http://acnudh.org/2015/03/declaracion-del-relator-especial-de-las-naciones-unidas-sobre-extrema-pobreza-y-derechos-humanos-philip-alston/

CalleLink (03 de agosto de 2014). *¿Qué es la situación de calle?* Obtenido de Calle Link: http://callelink.cl/portfolio/la-situacion-de-calle/

CEPAL (2014). *Panorama Social de América Latina 2014*. Santiago de Chile: Autor.

Comisión para la Medición de la Pobreza (2014). *Informe Final Comisión para la Medición de la Pobreza.* Santiago de Chile: Autor.

Emol (30 de septiembre de 2015). *Municipio de Antofagasta pidió desalojar 26 campamentos de la ciudad.* Obtenido de http://www.emol.com/noticias/Nacional/2015/09/30/752246/Municipio-de-Antofagasta-pidio-desalojar-26-campamentos-de-la-ciudad.html

Gobierno de Chile (2014). *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Cuarto informe del Gobierno de Chile.* Santiago de Chile.

INDH (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago de Chile.

INDH (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago de Chile.

INDH (2015). *Tercera Encuesta Nacional de Derechos Humanos.* Santiago, Chile.

Larrañaga, O. (2007). *La medición de la pobreza en dimensiones distintas al ingreso.* Santiago de Chile: CEPAL.

Ministerio de Desarrollo Social (2012). *En Chile todos contamos. Segundo Catastro Nacional de Personas en Situación de Calle.* Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado.

Ministerio de Desarrollo Social (2014a). *Informe de Desarrollo Social 2014.* Santiago de Chile.

Ministerio de Desarrollo Social. (2014b). *Política Nacional de Calle. Una estrategia para la inclusión de las personas en situación de calle*. Santiago de Chile.

Ministerio de Desarrollo Social (2015a). *Nueva Metodología de Medición de la pobreza por ingresos y multidimensional. Serie Documentos Metodológicos N°28.* Santiago de Chile.

Ministerio de Desarrollo Social (2015b). *CASEN 2013. Una medición de la pobreza moderna y transparente para Chile.* Santiago de Chile.

Ministerio de Desarrollo Social (2015c). *CASEN 2013 Pueblos indígenas. Síntesis de resultados.* Santiago de Chile.

Ossa, L., & Lowick-Russell, J. (2005). *Personas en situación de calle: el desafío de incluirlos a todos.* Santiago de Chile: Red Calle.

Sepúlveda, M. (2013). De la retórica a la acción. Los elementos esenciales para garantizar que las políticas públicas tengan un enfoque de derechos. En INDH, *Seminario Internacional Indicadores de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y seguimiento de las políticas sociales para la superación de la pobreza y el logro de la igualdad* (págs. 21-39). Santiago de Chile: INDH.

2

DERECHO AL TRABAJO



Fotografía: Enrique Cerda



DERECHO AL TRABAJO



ANTECEDENTES

Una de las dimensiones por las que se puede medir la calidad democrática es analizar cómo esta concibe la relación laboral y cómo, a través del Estado de derecho, se respetan, protegen y garantizan los derechos laborales colectivos, como el derecho a sindicarse, la negociación colectiva y el derecho a huelga. En toda democracia los derechos colectivos, debidamente regulados, constituyen una herramienta eficaz para eliminar arbitrariedades propias de relaciones que son susceptibles de darse en contextos de asimetría. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), "el derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social"[1].

La Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2015 desarrollada por el INDH constató los desafíos pendientes en el ámbito del derecho al trabajo en el país. Frente a la pregunta de en qué medida se protege el derecho a unirse a sindicatos en el país, 56,4% de la población opina que se protege "algo", mientras que 18% opina que "nada". Asimismo, 74,1% de la población se manifiesta de acuerdo con la frase "si se defienden los derechos laborales se puede perder el trabajo", mientras que el 48,5% opina que en los lugares de trabajo existe discriminación (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015a).

Tanto organismos convencionales de derechos humanos del sistema universal e interamericano como asimismo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) –que contempla tanto estándares obligatorios para el Estado como orientaciones de carácter voluntario– han planteado la necesidad de realizar modificaciones a la regulación chilena actual en materia de derecho al trabajo[2]. Esto fue recogido en la campaña presidencial de la presidenta Michelle Bachelet, donde se anunció una reforma en materia laboral, entendiendo que "para reducir la desigualdad es necesario superar las diferencias que existen en las relaciones entre trabajadores y empresarios" (Gobierno de Chile, p. 92). Tal anuncio programático se ratificó en diciembre de 2014, cuando el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de Ley "que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo" (Mensaje 1055-362). Así, el proyecto de ley presentado es una oportunidad para que el Estado de Chile mejore, en conformidad con esas recomendaciones, el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos laborales colectivos, adecuando su normativa a los estándares internacionales.

Dicho proyecto ha generado un debate público. Sergio Muñoz, Presidente de la Corte Suprema, señaló que este proyecto es "la oportunidad de decidir si borrará o no las importantes asimetrías que existen en nuestro país en materia de Derecho Colectivo, que se arrastran desde varias décadas y que afectan el bienestar de millones de trabajadores" (Muñoz, 2015, pág. 15). Desde el mundo sindical, la presidenta de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), Bárbara Figueroa, señaló que "los trabajadores y

1 Corte IDH, Opinión Consultiva 18/3 sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 133.

2 Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, E/C.12/CHL/CO/4, 7 de julio de 2015; y CIDH, Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política, OEA/Ser.L/V/II.134, 2009.

este país, que necesita superar las desigualdades, no resiste mantenerse con las leyes laborales actuales" (Cooperativa, 2015). Por su parte, el presidente de la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC), Alberto Salas, planteó que "no es una buena reforma para el país, ni para los trabajadores, ni para las empresas, y menos aún, para los que no tienen trabajo", agregando que "el proyecto yerra el foco al no apuntar a mayor empleo, crecimiento y productividad" (*La Tercera*, 2015).

El proyecto no se refiere a trabajadores/as del sector público. No obstante, a la luz del paro del Registro Civil e Identificación durante el segundo semestre de 2015, sumado al de Gendarmería de Chile o el del Servicio Nacional de Menores, se hace evidente la necesidad de contar con una normativa que regule los derechos laborales de los/as funcionarios/as públicos en condiciones de igualdad, sin perder de vista los requerimientos de servicios esenciales en el caso de algunas funciones.

En Informes Anuales anteriores el INDH ha desarrollado un diagnóstico acerca de la situación de los derechos colectivos en materia laboral, especialmente en el ámbito de la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga. Así, el presente capítulo no es un análisis en detalle de todas las implicancias del proyecto de ley "que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo", sino que se focaliza en las áreas mencionadas, respecto de las cuales el INDH cuenta con un diagnóstico y recomendaciones realizadas a la luz de los estándares internacionales en la materia[3].

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Como ya ha sido señalado por el INDH en Informes Anuales anteriores, los estándares internacionales en materia de derecho al trabajo cubren tanto su dimensión individual como colectiva. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) cubre estas dos dimensiones entre sus artículos 6 a 8 señalando en primer lugar que el derecho a trabajar comprende "el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado" (artículo 6.1), el que debe gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que asegure, entre otros aspectos, un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, condiciones dignas de trabajo, seguridad e higiene y descanso y disfrute del tiempo libre (artículo 7). El artículo 8 hace referencia a los derechos laborales colectivos, específicamente la sindicalización y huelga, señalando que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, y que "no podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos" (artículo 8.1.a). En cuanto a la huelga, el Pacto se limita a reconocer este derecho, el que debe ser "ejercido de conformidad con las leyes de cada país" (artículo 8.1.d)[4].

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ha planteado que el derecho al trabajo debe ser entendido como un trabajo digno, es decir, "que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración"[5]. Asimismo, en tanto derecho económico, social y cultural, su regulación debe observar el principio de progresividad, esto es, que "no deben adoptarse en principio medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo. Si deben adoptarse deliberadamente cualesquiera medidas regresivas, corresponde a los Estados Partes en cuestión demostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas y que están plenamente justificada[s]"[6].

En este ámbito, entre los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) destacan, por una parte, el Convenio 87 –ratificado por Chile– sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, este establece el

3 Para revisar dicho diagnóstico ver, INDH, Informe Anual 2011, página 141 y siguientes e Informe Anual 2012, página 215 y siguientes.

4 A nivel interamericano, el Estado de Chile ha firmado el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), pero está pendiente su ratificación. Dicho tratado también consagra entre sus artículos 6 a 8 los derechos laborales en su dimensión individual y colectiva.

5 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 18: El derecho al trabajo, 2005, párr. 7.

6 Ibídem, párr. 21.

derecho de toda persona a formar organizaciones sindicales (artículo 2), para ello "todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación" (artículo 11)[7]. Por otra parte, destaca el Convenio 154 –no ratificado por Chile– sobre la negociación colectiva de 1981, el que define este derecho como "todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo; b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez" (artículo 2). Asimismo, los Estados deben adoptar medidas para garantizar la negociación colectiva con el objeto de que esta "sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de activida[d]" (artículo 5.2.a), que "sea progresivamente extendida a todas las materias [...] del artículo 2" (artículo 5.2.b), que "la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas" (artículo 5.2.d), y que "los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva" (artículo 5.2.e).

La OIT ha recalcado la importancia de la libertad sindical y de la negociación colectiva por medio de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998. Acorde a dicha declaración "todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización [Internacional del Trabajo] de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: (a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva"[8].

En cuanto al derecho a huelga, si bien no ha sido objeto de algún Convenio de la OIT, sí ha sido objeto de desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos. El Comité de Libertad Sindical[9] (CLS) de la OIT –cuyas resoluciones son orientaciones de cumplimiento voluntario para el Estado– ha desarrollado una amplia reflexión relativa al derecho a huelga, reconociéndolo como "un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales"[10]. En cuanto al alcance de la huelga, el CLS ha señalado que esta "no debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo determinado: los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar, en caso necesario en un ámbito más amplio, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros"[11]. Asimismo, "las condiciones requeridas por la legislación para que la huelga se considere un acto lícito deben ser razonables y, en todo caso, no de tal naturaleza que constituyan una limitación importante a las posibilidades

7 Complementa lo anterior el artículo 1 del Convenio Nº 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva de 1949, el que establece que "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo".

8 Los otros puntos de la Declaración son la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

9 El Comité de Libertad Sindical, creado en 1951, es un órgano tripartito que emana del Consejo de Administración de la OIT, compuesto por un presidente designado por dicho Consejo y por nueve miembros que representan, en un número equitativo, al sector estatal, empresarial y laboral del Consejo de Administración de la OIT. Le compete examinar las quejas que hayan sido formuladas contra alguno de los Estados Miembros de la OIT en lo referente a la libertad sindical y negociación colectiva. Además de examinar las quejas puede emitir recomendaciones al Estado Miembro. Ver, Grupo de Monitoreo Independiente de El Salvador (GMIES), Manual básico de Litigio Internacional para la protección de los derechos laborales, 2011, pág. 108 y ss. Para conocer la totalidad de los casos resueltos por el CLS ver http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/freedom-of-association/WCMS_166951/lang--es/index.htm.

10 OIT, Comité de Libertad Sindical, queja contra el gobierno de Kenya presentada por la Internacional de Educación, Informe 302º, caso 1809, párr. 381, 1996.

11 OIT, Comité de Libertad Sindical, queja contra el gobierno de Argentina presentada por la Confederación Mundial del Trabajo, Informe 300º, caso 1777, párr. 71, 1995.

de acción de las organizaciones sindicales"[12]. Con todo, "la declaración de ilegalidad de la huelga no debería corresponder al gobierno sino a un órgano independiente de las partes y que cuente con su confianza"[13].

En cuanto a las restricciones a la huelga, el CLS planteó que "el derecho de huelga puede limitarse o prohibirse: 1) en la función pública solo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o 2) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)"[14]. Por último, y en relación con el reemplazo de trabajadores/as en huelga, el CLS ha sentenciado que "la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical"[15].

A nivel interamericano, la Corte IDH ha reforzado la importancia de la protección del derecho al trabajo en una sociedad democrática, al sostener que "el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de estos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales"[16]. Agrega la Corte que dicha obligación "encuentra su asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es"[17]. Finalmente, para la Corte IDH, "el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna. Los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno. Asimismo, el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano"[18].

NORMATIVA INTERNA A LA LUZ DE LA REFORMA LABORAL

Desde una perspectiva de derechos humanos, el proyecto de ley "que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo" (Mensaje 1055-362, conocida como la "reforma laboral"), abarca tres aspectos fundamentales del derecho al trabajo: la sindicalización, la negociación colectiva y el derecho a la huelga. El INDH ha planteado la necesidad de reformar estos tres derechos, al señalar que "durante las últimas décadas el sistema de relaciones laborales se ha basado fundamentalmente en el reconocimiento y ejercicio de derechos individuales en desmedro de los aspectos colectivos de la relación laboral principalmente en materia de libertad sindical, negociación colectiva y el derecho a huelga. Ambas dimensiones están íntimamente relacionadas, ya que una legislación robusta en materia colectiva permite la existencia de sindicatos dotados de herramientas que permitan defender a la persona trabajadora" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, p. 141).

12 OIT, Comité de Libertad Sindical, queja contra el gobierno de Rusia presentada por la Confederación Rusa del Trabajo, Informe 333º, caso 2251, párr. 995, 2004.

13 OIT. Comité de Libertad Sindical, queja contra el gobierno de Bolivia presentada por la Confederación Mundial del Trabajo, Informe 320º, caso 2007, párr. 282, 2003.

14 OIT, Comité de Libertad Sindical, queja contra el gobierno de Reino Unido presentada por la Asociación de Funcionarios de Prisiones, Informe 336º, caso 2383, párr. 759, 2005.

15 OIT, Comité de Libertad Sindical, queja contra el gobierno de El Salvador presentada por el Sindicato de Empresas Lido S.A. de C.V. (SELSA), Informe 330º, caso 2208, párr. 322, 2003.

16 Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03 sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 148.

17 Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03 sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 149.

18 Ibídem, párr. 158.

En su reciente Informe Final sobre Chile, de julio de 2015, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, planteó su preocupación por "que el ejercicio de los derechos sindicales, como la negociación colectiva y el derecho a la huelga, sean aun objeto de restricciones excesivas, ya que estos no han sido debidamente reconocidos a nivel constitucional ni legal"[19], recomendando al Estado "que tome las medidas necesarias para asegurar que los derechos sindicales sean debidamente reconocidos en la nueva Constitución conforme a los estándares internacionales y que las modificaciones al Código del Trabajo que han sido presentadas al Congreso Nacional sean plenamente compatibles con lo dispuesto en el artículo 8 del Pacto, así como con las disposiciones de los Convenios de la OIT sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 1948 (núm. 87) y sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949 (núm. 98)"[20].

A continuación se abordan por separado el derecho a la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, señalando en primer lugar el diagnóstico del INDH respecto de cada uno de estos derechos, y en segundo lugar, analizando las fortalezas y debilidades del proyecto de ley en estos ámbitos.

SINDICALIZACIÓN

La Constitución Política de la República (CPR) asegura en su artículo 19 N° 19 "el derecho a sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria", y agrega en su inciso final, que "las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas".

En los Informes Anuales 2011 y 2012, el INDH ha planteado la baja sindicalización como un problema de derechos humanos[21]. Según información reciente de la Dirección del Trabajo, la tasa de sindicalización activa[22] se mantiene en niveles bajos, en torno al 14% (Dirección del Trabajo, 2014, p. 28)[23]. Asimismo, se constata un leve aumento en el número de sindicatos, de 10.634 el 2013 a 11.162 el 2014, lo que implicó un aumento de 45.548 personas afiliadas a estas organizaciones (Dirección del Trabajo, 2014, p. 14). Por lo mismo, se ha planteado la necesidad de "fomentar los sindicatos entregándoles fuertes herramientas de negociación, constituyéndose estos en el primer fiscalizador del respeto a los derechos laborales" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, p. 147).

El proyecto de ley plantea varias modificaciones al régimen actual de sindicalización en Chile. Entre ellos, modifica la titularidad sindical, estableciendo que solo los sindicatos puedan celebrar contratos colectivos[24] por medio de la negociación colectiva reglada, limitando la posibilidad de que grupos negociadores celebren estos contratos solo para el caso de las empresas donde no existan sindicatos con derecho a negociar y mediante un procedimiento nuevo (negociación colectiva semirreglada), establece que sus directorios estén compuestos por mujeres en al menos 30%, amplía las prácticas antisindicales del artículo 289 del CT no solo a acciones que atenten contra la libertad sindical, sino también a las omisiones por parte del empleador que tengan el mismo fin, y se deroga el artículo 302 del CT que establece el delegado del personal[25]. Algunas de estas medidas

19 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, E/C.12/CHL/CO/4, 7 de julio de 2015, párr. 19.

20 Ibídem.

21 En efecto, el INDH planteó que "las reformas legales apuntan a aumentar la fiscalización estatal mediante la creación de organismos públicos con ese fin, mientras que la experiencia muestra que lo más efectivo en términos de prevenir y resolver conflictos y discrepancias así como de garantizar los derechos laborales es fomentar los sindicatos entregándoles fuertes herramientas de negociación, constituyéndose estos en el primer fiscalizador del respeto a los derechos laborales" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, p. 147).

22 Para la Dirección del Trabajo constituye sindicalización activa "todo aquel sindicato que posee directiva vigente, con elección comprobada, mediante acta de elección o documento que acredite la cantidad de socios y elección de dirigente sindical. En el evento que la organización no tenga directiva, se definen como activas para efectos del cálculo estadístico todas las organizaciones para las cuales aún no ha transcurrido un año a contar del término de vigencia de la última directiva. Del mismo modo, se consideran activos los sindicatos que hayan efectuado en el último año alguna actividad de carácter sindical, ya sea constitución, reforma de estatutos, afiliación de socios, censura de la directiva vigente u otro movimiento sindical que denote que el sindicato se encuentra activo" (Dirección del Trabajo, 2014, p. 148).

23 Específicamente la tasa de sindicalización activa fue el 2011 de 14,1%; el 2012 de 14,6%; y el 2013 de 14,2%.

24 Contrato colectivo es el instrumento colectivo que resulta de la negociación colectiva reglada.

25 Señala el artículo 302: "En las empresas o establecimientos en que sea posible constituir uno o más sindicatos en conformidad a lo dispuesto en el artículo 227, podrán elegir un delegado del personal los trabajadores que no estuvieren afiliados a ningún sindicato, siempre que su número y porcentaje de representatividad les permita constituirlo de acuerdo con la disposición legal citada. En consecuencia, podrán existir uno o más delegados del personal, según determinen agruparse los propios trabajadores, y conforme al número y porcentaje de representatividad señalados".

apuntan a aumentar la tasa de sindicalización, ya que al estar solamente los sindicatos legitimados para negociar, y siendo dichos acuerdos vinculantes únicamente para las personas sindicalizadas, eso crea incentivos para que las personas trabajadoras sean parte de la organización. Sin embargo, esta última medida, es decir, el que no puedan extenderse los beneficios obtenidos en la negociación a trabajadores/as no sindicalizados/as, puede constituir una discriminación en perjuicio de estos y, al mismo tiempo, puede considerarse también una medida regresiva en relación con lo actualmente vigente.

Con todo, preocupa al INDH la indicación presentada en septiembre con el objeto de aumentar el número de trabajadores/as necesarios para la constitución de un sindicato[26]. Actualmente, el artículo 227 del CT establece que se requiere de un mínimo de 8 trabajadores/as para constituir por primera vez un sindicato en empresas que tengan más de cincuenta trabajadores, y donde no exista un sindicato vigente, teniendo un año desde su conformación para alcanzar a tener a 25 trabajadores que representen a lo menos el 10% de quienes presten servicios en ella; de lo contrario, la personalidad jurídica del sindicato caduca inmediatamente. En el caso de empresas de 50 o menos trabajadores/as, el artículo exige contar con 8 trabajadores/as para constituir un sindicato. No obstante, la indicación presentada propone elevar la cantidad de trabajadores/as necesarios para conformar un sindicato, pasando de 8 a 25 personas, para todo tipo de empresas.

Esto eleva las exigencias para el ejercicio del derecho, al establecer un quórum tres veces mayor al existente para la constitución de organizaciones sindicales, sin que medie una justificación objetiva y razonable que fundamente la medida[27]. Desde el punto de vista de los derechos humanos, y en la medida que ella no se ha justificado de manera explícita, la indicación puede ser considerada una medida regresiva.

26 Indicación presentada por los senadores Eugenio Tuma, Andrés Zaldívar, Ignacio Walker, Andrés Allamand y Hernán Larraín.

27 El INDH ha planteado que el principio de no regresividad "es parte del deber de respeto de los derechos por el Estado, por lo que las medidas que impliquen un retroceso en su goce deberán aplicarse excepcionalmente, y el Estado deberá fundamentar el porqué de su adopción, a pesar del efecto regresivo" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, p. 137).

En efecto, al momento de legislar en materia de derechos laborales, el legislador debe tener en cuenta que está frente a un derecho económico, social y cultural y, por tanto, que le son aplicables todas las garantías que el derecho internacional de los derechos humanos ha establecido en esta materia, entre ellas, la no regresividad. Como ha señalado el Comité DESC, "todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga"[28].

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En materia laboral, y especialmente en materia de derechos laborales colectivos, la negociación colectiva constituye una herramienta fundamental para los/as trabajadores/as. El artículo 19 N° 16 de la CPR en su inciso quinto asegura que "la negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífic[a]".

Según estadísticas de la Dirección del Trabajo, en los últimos tres años, tanto el número de instrumentos colectivos[29] como de personas trabajadoras beneficiadas con estos instrumentos han aumentado (ver cuadro 1).

28 Comité DESC, Observación General Nº 3 sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados Parte, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párr. 9.

29 Instrumento colectivo es un "documento suscrito por las partes involucradas en el proceso de negociación colectiva (empleador(es), grupo(s) de trabajadores o sindicato(s)) en el que quedan plasmados los acuerdos (cláusulas) que regirán las condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por el período pactado entre las partes (mínimo 2 años, máximo 4 años), el que queda establecido en el mismo documento. De acuerdo al tipo de negociación llevada a cabo, el instrumento podrá ser ya sea un contrato o un convenio colectivo, y en algunos casos, dependiendo del desenlace del proceso de negociación, un fallo arbitral. A un proceso de negociación colectiva corresponderá un instrumento colectivo, o dicho de otro modo, todo instrumento colectivo es expresión y resultado de un proceso de negociación colectiva" (Dirección del Trabajo, 2014a, pág. 103). Resumiendo, el contrato colectivo, bajo la legislación actual es el acordado entre el empleador y el sindicato o un grupo negociador bajo un procedimiento regulado en el CT denominado "negociación colectiva reglada". Por otra parte, el convenio colectivo es el acordado por el empleador con un sindicato o con un grupo de trabajadores unidos para tal efecto mediante la "negociación colectiva no reglada" (artículo 314 CT).

El 82,3% de estos instrumentos se concentra en la Gran Empresa, 15,1% en la Mediana Empresa y 2,5% en la Pequeña Empresa (Dirección del Trabajo, 2014a, pág. 21)[30].

CUADRO 1. CANTIDAD ANUAL DE INSTRUMENTOS COLECTIVOS

	2012	2013	2014
Número de trabajadores/as	311.610	320.206	327.412
Número de instrumentos colectivos	2.800	2.903	3.082

Fuente: Elaboración propia a partir de estadísticas del Anuario Estadístico 2014 de la Dirección del Trabajo, Capítulo II: Negociación Colectiva, página 11.

Al analizar los 3.082 instrumentos colectivos que entraron en vigencia durante el 2014, las estadísticas muestran que 2.064 de ellos corresponden a contratos colectivos, es decir, son fruto de negociaciones colectivas regladas, mientras que 1.018 de ellos son producto de convenios colectivos, esto es, el resultado de negociaciones colectivas no regladas. Asimismo, de los 2.064 contratos colectivos que entraron en vigencia, 1.860 de ellos fueron negociaciones colectivas llevadas a cabo por sindicatos (Dirección del Trabajo, 2014a, pág. 22).

En este ámbito, el proyecto de ley plantea una derogación completa del Libro IV del Código del Trabajo sobre la negociación colectiva, acotando la prohibición del tipo de trabajador/a que no podría negociar colectivamente[31]; ampliando las materias objeto de negociación colectiva, estableciendo como fórmula genérica "aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas de trabajadores y empleadores"; ampliando el fuero no solo a aquellos trabajadores/as afiliados/as al sindicato al inicio de la negociación colectiva, sino que a aquellos/as que se afilian a la organización durante el desarrollo de la negociación colectiva, y generando el deber en las empresas de entregar al sindicato información específica respecto de la empresa con el objeto de que el sindicato pueda contar con toda la información antes de iniciar la negociación colectiva[32].

Además, el proyecto señala que, en aquellas empresas donde ya exista un instrumento colectivo producto de una negociación colectiva anterior, el piso mínimo de negociación será dicho instrumento en el sentido que "se entenderá por piso de la negociación idénticas estipulaciones a las establecidas en el instrumento colectivo vigente, con los valores que corresponda pagar a la fecha de término del contrato" (artículo 338 del proyecto). No obstante, se permite que las partes convengan rebajar dicho piso "cuando las condiciones económicas de la empresa así lo justifiquen". Para el INDH sería importante que, en este caso, dadas las asimetrías de poder existentes, el sindicato pudiera contar con toda la información y antecedentes necesarios para evaluar con pertinencia si presta o no su consentimiento.

El proyecto no abarca la extensión del fuero a quienes participan en los procesos de negociación colectiva. El artículo 309 del Código del Trabajo reconoce el fuero tanto a los afiliados al sindicato o al grupo negociador bajo la negociación colectiva reglada[33]. Sin embargo, no establece un fuero especial para quienes participen en la negociación colectiva de un convenio colectivo (negociación colectiva no reglada), lo que los deja en un espacio de mayor vulnerabilidad en la negociación frente al empleador. Considerando que la razón del fuero es otorgar protección a trabajadores/as que pueden enfrentarse a una negociación en una situación desigual, el principio de igualdad y no discriminación obliga a otorgar

30 El Código del Trabajo en su artículo 505 bis clasifica a los empleadores en micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores. El inciso segundo del artículo establece que "se entenderá por microempresa aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores, mediana empresa aquella que tuviere contratados de 50 a 199 trabajadores y gran empresa aquella que tuviere contratados 200 trabajadores o más".

31 El proyecto limita la prohibición de negociar a: (i) trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño de una determinada obra; y (ii) los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, siempre que estén dotados de facultades generales de administración.

32 Entre la información que la empresa estaría obligada a entregar se encuentra: (i) Planilla de remuneraciones pagadas a todos los trabajadores afiliados a la organización requirente, (ii) Valor actualizado de todos los beneficios que forman parte del instrumento colectivo vigente; (iii) Los costos globales de mano de obra de la empresa de los dos últimos años; (iv) Información que incida en la política futura de inversiones de la empresa, que no tenga, a juicio del empleador, carácter de confidencial.

33 Señala el artículo 309: "Los trabajadores involucrados en una negociación colectiva gozarán del fuero establecido en la legislación vigente, desde los diez días anteriores a la presentación de un proyecto de contrato colectivo hasta treinta días después de la suscripción de este último, o de la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se hubiere dictado".

la misma protección, tanto a quienes negocien un contrato como un convenio colectivo.

En cuanto al fuero, otro punto que surge es la eliminación del mismo planteada en el proyecto de ley para los grupos negociadores. Como se explicó, bajo la legislación actual la negociación colectiva reglada puede llevarse a cabo tanto por el sindicato como por un grupo negociador, a los cuales la ley otorga fuero en los términos del artículo 309 del CT. Por su parte, la reforma busca dejar al sindicato como el único titular de la negociación colectiva reglada y establece un procedimiento especial, denominado negociación colectiva semirreglada, para el grupo negociador y solo en aquellas empresas donde no exista un sindicato habilitado para negociar. Junto a lo anterior, el proyecto de ley le quita el fuero del artículo 309 a este grupo negociador, beneficio que sí tienen actualmente.

Desde una perspectiva de derechos humanos es importante reiterar el deber del Estado de que, al momento de legislar, no adopte medidas regresivas sin una justificación que avale su adopción. En este caso, si bien puede interpretarse que la medida busque fomentar la sindicalización precaviendo evitar posibles situaciones donde el empleador pudiese beneficiar a trabajadores/as no sindicalizados en desmedro de aquellos sindicalizados, cabe precisar que la medida adoptada no puede constituir una regresión y debe ser proporcional al fin que se busca. Así, por una parte, no mantener el fuero al grupo negociador sería una medida regresiva contraria a los estándares internacionales y, por otra parte, no resultaría proporcional considerando que el proyecto incluye medidas menos lesivas para fomentar la sindicalización (como la titularidad sindical).

HUELGA

La huelga es una de las manifestaciones de los derechos colectivos en materia laboral de mayor peso y que dota a las personas trabajadoras de una herramienta para incentivar los acuerdos durante la negociación colectiva. Como planteara la Corte Suprema recientemente, "la huelga se ha legitimado como un recurso ineludible para obtener lo que el segmento laboral percibe necesario; surge una vez constatada la ineficacia de las demás modalidades destinadas a superar los desacuerdos entre los dos componentes configurantes de la empresa, concebida esta como grupo productivo, a saber, el capital y el trabajo"[34].

A diferencia de la sindicalización y la negociación colectiva, la huelga recibe un tratamiento distinto en la CPR. Mientras los primeros son ampliamente garantizados en la Constitución, la huelga tiene restricciones en su ejercicio, estableciendo su prohibición absoluta para los funcionarios/as del Estado y las municipalidades, y en aquellas empresas o corporaciones que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional (artículo 19 Nº 16 inciso final). No obstante, la Corte Suprema falló que "la circunstancia de no existir en la carta fundamental una disposición explícitamente consagratoria del derecho a la huelga no quiere decir […] que ella no garantice ese derecho"[35].

Para el INDH la huelga es un derecho y, como tal, "debe entenderse en relación con la sindicalización y la negociación colectiva, al constituir el principal medio de negociación para las personas trabajadoras ante sus empleadores" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, p. 149). Sin embargo, la legislación actual restringe de diversas maneras el derecho a huelga, por ejemplo, al permitirla solo cuando el proceso de negociación colectiva hubiera fracasado, o mediante el artículo 381 del CT, que permite el reemplazo de sus trabajadores en huelga.

Como se señalara en el Informe Anual 2011, el reemplazo en huelga "constituye una herramienta que resta poder de negociación a las y los trabajadores, toda vez que la huelga es una expresión colectiva cuya fuerza se centra justamente en la posibilidad de afectar la producción. Si la empresa puede seguir funcionando a pesar de la huelga, las demandas pierden fuerza a la luz de una negociación" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, p. 149).

Acerca de este punto, el texto original del proyecto proponía: "Artículo 349. La huelga es un derecho que debe ser ejercido colectiva y pacíficamente por los trabajadores".

34 Corte Suprema, Rol 3514-2014, 4 de diciembre de 2014, considerando 10.

35 Ibídem, considerando 23.

Se prohíbe el reemplazo de los puestos de trabajo de los trabajadores en huelga. La infracción de esta prohibición constituye una práctica desleal grave, habilitando a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes de los puestos de trabajo en huelga.

En el caso de negativa del empleador para retirar a los reemplazantes, la Inspección del Trabajo deberá denunciar al empleador al Juzgado de Letras del Trabajo conforme las normas establecidas en los artículos 485 y siguientes del presente Código, con excepción de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 486. El sindicato podrá iniciar esta acción o hacerse parte de la denuncia presentada por la Inspección del Trabajo. El Tribunal deberá ordenar al empleador el retiro inmediato de los reemplazantes en la primera resolución, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 492 del presente Código" (Mensaje 1055-362).

Por su parte, el Comité DESC de Naciones Unidas, en sus Observaciones Finales sobre Chile expresó "preocupación porque el artículo 381 del Código del Trabajo prevé la posibilidad de sustituir a los trabajadores en huelga. Además, le inquieta que los servicios esenciales en que se puede prohibir la huelga no estén definidos con suficiente precisión en el artículo 384"[36], alentando al Estado "a que revise el artículo 381 del Código del Trabajo, que prevé la posibilidad de sustituir a los trabajadores en huelga, y el artículo 384, que contiene una definición demasiado poco precisa de los servicios esenciales en que la huelga está prohibida"[37]. Asimismo, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha sentenciado que "la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical"[38]. Junto con ello ha planteado que "el ejercicio del derecho de huelga debe respetar la libertad de trabajo de los no huelguistas cuando la legislación así lo dispone, así como el derecho de la dirección de la empresa de penetrar en las instalaciones de la misma"[39]. Y agregó, en otro caso, "Los principios de la libertad sindical no protegen extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga que consistan en acciones de carácter delictivo"[40].

A nivel nacional, la Cuarta Sala de la Corte Suprema a fines de 2014 señaló que, entre las posibles interpretaciones del artículo 381 del CT, "la balanza se inclina en favor del que cierra absolutamente las puertas a toda suerte de reemplazo de los trabajadores en huelga, aún, por cierto, el consistente en traer desde otros lugares de la misma cadena en conflicto, trabajadores que releven a los paralizados"[41].

Otro punto a analizar en este ámbito es la definición de "servicios mínimos durante una huelga". Actualmente, el artículo 380 del CT establece que "si se produjere una huelga en una empresa o predio, o en un establecimiento cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales, el sindicato o grupo negociador estará obligado a proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar este daño". El proyecto modificaría dicho precepto por el siguiente: "sin afectar el derecho a huelga en su esencia, durante esta, la comisión negociadora sindical estará obligada a proveer el personal destinado a atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios".

Como se aprecia, el artículo propuesto establece un límite, cual es, que los servicios mínimos que se establezcan no

36 Comité DESC, Observaciones Finales: Chile, E/C.12/1/Add.105, 2004, párr. 18.

37 Ibídem, párr. 41.

38 OIT, Comité de Libertad Sindical, queja contra el gobierno de El Salvador presentada por el Sindicato de Empresas Lido S.A. de C.V. (SELSA), Informe 330º, caso 2208, párr. 322, 2003.

39 OIT, Comité de Libertad Sindical, queja contra el gobierno de Paraguay presentada por la Central Latinoamericana de Trabajadores y la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, Informe 300, caso 1811, párr. 307, año 1994.

40 OIT, Comité de Libertad Sindical, queja contra el Estado Plurinacional de Bolivia presentada por la Confederación Mundial del Trabajo, Informe 320, caso 2007, párr. 281, 2000.

41 Corte Suprema, Rol 3514-2014, 4 de diciembre de 2014, considerando 36. Votaron a favor los Ministros Juan Fuentes, Ricardo Blanco y Carlos Cerda, mientras que votaron en contra los abogados integrantes Arturo Prado y Raúl Lecaros.

pueden afectar el derecho a la huelga en su esencia. A continuación, indica las causales bajo las cuales se pueden establecer servicios mínimos, las que, en general, coinciden con las establecidas por el CLS, a saber: "aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población".

Junto a lo anterior, la reforma plantea varios requisitos adicionales que dilatan el inicio de la huelga. En primer lugar, la reforma extiende el plazo de inicio de la huelga. El artículo 374 actual del CT señala que "acordada la huelga, esta deberá hacerse efectiva al inicio de la respectiva jornada del tercer día siguiente a la fecha de su aprobación"; por su parte, la reforma busca ampliar dicho plazo a cinco días (artículo 352 del proyecto). En segundo lugar, la reforma mantiene como obligatoria la mediación ante la Inspección del Trabajo en caso de ser solicitada por cualquiera de las partes dentro de los cuatro días siguientes a aprobada la huelga. Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la solicitud de mediación de la Inspección no se ha llegado a un acuerdo, la huelga se hará efectiva al día hábil siguiente. Sumando ambos requisitos, pueden transcurrir, a lo menos, nueve días entre que una huelga se aprueba y se hace efectiva. El INDH planteó en su momento su preocupación respecto del plazo de tres días acorde al actual artículo 374 del CT, señalando que "si bien esto se planteó como un período para la mediación, no resulta claro cuál es el verdadero fin buscado, y se presume que este período ayuda a inhibir a las y los trabajadores para que no se adhieran a la huelga, o a mermar la fuerza de la decisión colectiva al ofrecer beneficios unilaterales a ciertos trabajadores" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, p. 149). En este sentido, dicha preocupación se mantiene al pretender el proyecto aumentar ese lapso.

CUADRO 2. CANTIDAD DE HUELGAS APROBADAS VS. HUELGAS EFECTUADAS (2012-2014)

	HUELGAS APROBADAS	TRABAJADORES/AS INVOLUCRADOS/AS	HUELGAS EFECTUADAS	TRABAJADORES/AS INVOLUCRADOS/AS
2012	772	101.137	161	30.035
2013	832	110.929	201	30.638
2014	824	129.334	214	41.939

Fuente: Elaboración propia a partir del Anuario de Estadísticas 2014 de la Dirección del Trabajo, Capítulo IV: Huelgas, páginas 6 y 17.

Si bien el PIDESC establece un mayor ámbito de libertad a la ley para regular el derecho a la huelga, la opinión del CLS de la OIT es que tal regulación debe estar sujeta a límites objetivos y razonables. En ese sentido, se debe considerar que la huelga es la etapa final de un proceso de negociación colectiva que no ha dado resultado, y cuya aprobación por parte de las personas trabajadoras constituye una manifestación de su voluntad que el Estado debe respetar. Considerando ambas ideas, la extensión del plazo para hacer efectiva la huelga, sumado a la mediación obligatoria que tiene la capacidad de alargar eventualmente su inicio, constituyen restricciones excesivas a este derecho.

Además, la huelga seguiría estando prohibida para funcionarios públicos. El INDH ha planteado que, "independiente de si una persona trabaja en el sector público o privado, sus derechos laborales deben ser garantizados por el Estado. Esto también implica resguardar los derechos laborales de los trabajadores públicos en condiciones equivalentes a las de los trabajadores del sector privado, haciendo que la regulación para el sector público no genere diferencias arbitrarias" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pp. 220-221). La Corte IDH ha señalado que "en el marco de una relación laboral en la que el Estado se constituye en empleador, este evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos"[42]. El Convenio 151 de la OIT sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, ratificado por Chile, establece en su artículo 9 que "los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones". En este sentido, estando frente a un derecho humano, cuyo ejercicio debe ser libre de toda forma de discriminación, queda pendiente la tarea del Estado, en su calidad de empleador, de fortalecer los derechos colectivos de los/as funcionarios/as públicos/as, entre ellos, el derecho a huelga.

42 Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03 sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 139.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos.* Washington DC.

Cooperativa (7 de septiembre de 2015). *Bárbara Figueroa: La reforma laboral ya no dejó contenta a la CUT.* Obtenido de http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/trabajo/proyectos/barbara-figueroa-la-reforma-laboral-ya-no-dejo-contenta-a-la-cut/2015-09-07/131155.html

Dirección del Trabajo (2014). *Anuario Estadístico 2014: Organizaciones sindicales*. Santiago.

Dirección del Trabajo (2014a). *Anuario Estadístico: Negociación Colectiva.*

Dirección del Trabajo (2014b). *Anuario Estadístico 2014: Huelga.*

Gobierno de Chile (n.d.). *Programa de Gobierno 2014-2018.*

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2015a). *Tercera Encuesta Nacional de Derechos Humanos.*

La Tercera (27 de septiembre de 2015). *Presidene de la CPC a las autoridades: "Escúchennos, considérennos, porque creemos que esta reforma laboral no es buena para Chile".* Obtenido de http://www.latercera.com/noticia/negocios/2015/09/655-648907-9-presidente-de-la-cpc-a-las-autoridades-escuchennos-considerennos-porque-creemos.shtml

Muñoz, S. (29 de julio de 2015). *Discurso Inaugural Seminario Los derechos fundamentales y la eficacia directa en el Derecho Laboral.* Obtenido de http://www.pjud.cl/documents/396543/0/Discurso+Seminario+Laboral+corregidook.pdf/a18fec4b-6766-47f2-bc95-158baca49e8c.



3

DERECHO A EDUCACIÓN



Fotografía: Enrique Cerda



DERECHO A EDUCACIÓN



ANTECEDENTES

Ante los anuncios de un programa de reformas educacionales, el INDH manifestó en su Informe Anual 2014 (pág. 174), que era necesario que se desarrollara el abordaje de los diferentes problemas existentes desde una perspectiva de derechos humanos. Ello requiere abordar los problemas en materia de igualdad y no discriminación en el acceso y permanencia en el sistema, calidad de la educación y la incorporación de la educación en derechos humanos (EDH) en la educación. También involucra revisar la institucionalidad del Estado necesaria para garantizar todo lo anterior.

El proceso de reforma se ha materializado hasta el momento en un conjunto de iniciativas de ley, algunas de ellas ya han sido aprobadas, otras que se encuentran en tramitación y otras propuestas que aún no se han traducido en un proyecto de ley. En lo que ha transcurrido del 2015, el debate acerca de las iniciativas legislativas presentadas en el marco de dicha reforma ha seguido ocupando la agenda política y noticiosa.

Si bien la Ley 20.835 que crea la Subsecretaría de Educación Parvularia publicada en mayo contó con un amplio respaldo, el resto de los proyectos han generado arduos debates. Ese fue el escenario en que se aprobó en junio la Ley 20.845, conocida como Ley de Inclusión, que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado. En relación con la educación en derechos humanos, se han desarrollado otras iniciativas de ley que complementan el trabajo legislativo de la reforma educativa, como la publicación de la Ley 20.843 que elimina la prohibición de participación de estudiantes y funcionarios en el gobierno de las instituciones de educación superior (publicada el 18 de junio de 2015) y el proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos[1], aprobado el 30 de septiembre de 2015 por el Congreso, donde se contemplan funciones de Educación en Derechos Humanos (EDH) para dicho organismo.

En cuanto a los proyectos que se encuentran en etapa de discusión parlamentaria, el 21 de abril fue ingresado el proyecto de ley sobre Sistema de Desarrollo Profesional Docente[2], que se encuentra en segundo trámite constitucional. A este proyecto se debe sumar el Proyecto de Ley que crea el Plan de Formación Ciudadana para los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado[3], ingresado en mayo y el Proyecto de Ley sobre Sistema de Garantías de los derechos de la Niñez[4], ingresado en septiembre, que propone algunas garantías en materia de educación.

Además, se ha comenzado a trabajar en el resto de las iniciativas legales comprometidas en el marco de la reforma. Pese a que en la glosa presupuestaria para 2016 se contemplan avances en la gratuidad de la Educación Superior, y que en agosto el gobierno publicó un documento de trabajo que contiene una propuesta de Bases para una Reforma al Sistema Nacional de Educación Superior, al término de cierre de este informe aún no se fijaba una fecha para que sea ingresado a discusión parlamentaria. Asimismo, se ha anunciado para fin de año el ingreso del proyecto de ley acerca

1 Boletín 8207-07

2 Ibídem 10008-04

3 Ibídem 10043-04

4 Ibídem 10315-18. Al respecto, ver capítulo sobre institucionalidad democrática.

del fortalecimiento de la educación pública, sin conocerse aún cuál será el contenido de dicho proyecto.

Con un cambio de ministro en junio, el proceso de reforma ha avanzado con dificultades y con considerable oposición de algunos sectores, quienes han criticado las descoordinaciones presentes a lo largo del proceso, la falta de información de los plazos y contenidos de los proyectos, así como la ausencia de diálogo con algunos actores. Un ejemplo de ello fue el debate en torno al proyecto de ley sobre carrera docente, que mantuvo al colegio de profesores en paro durante 57 días, y que finalmente fue modificado, mediante indicaciones sustitutivas por parte del gobierno, en el marco de una mesa de trabajo sostenida y propiciada por la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados, en agosto.

Por lo demás, entre las propias instituciones de educación superior (IES) se ha generado un debate en torno a la gratuidad de este nivel educativo y los requisitos que se deben exigir a los establecimientos para participar de este sistema. Esto se ha dado en el marco de anuncios contradictorios por parte del gobierno, quien finalmente decidió avanzar en la gratuidad de la educación superior por medio de la glosa presupuestaria para 2016, mientras se continúa trabajando en el anteproyecto de las bases que regularán el sistema de educación superior. Adicionalmente, luego del 21 de mayo, gran parte de las universidades que estaban movilizadas radicalizaron sus planteamientos, generándose tomas en buena parte de ellas, exigiendo al Estado diferentes cosas: fin al lucro, gratuidad universal, una carrera docente que no se base en la competencia, estabilidad laboral y mayor democracia interna en el gobierno de las instituciones.

Este proceso se ha dado en un marco de discusión y crítica respecto de cómo se ha conducido la reforma, lo que no ha permitido profundizar suficientemente en los avances o retrocesos que representan las iniciativas en relación con el derecho a la educación. El presente capítulo analiza las distintas iniciativas legislativas presentadas, contrastándolas con los diagnósticos que ha hecho el INDH en años anteriores sobre derecho a la educación y educación en derechos humanos, para evaluar si estas contribuyen a avanzar en resolver los problemas denunciados.

ANÁLISIS DE LEYES APROBADAS DURANTE 2015

SUBSECRETARÍA DE EDUCACIÓN PARVULARIA

Como parte de los proyectos anunciados en el marco de la reforma educativa, el 5 de mayo de 2015 se publicó la Ley 20.835, que crea la Subsecretaría de Educación Parvularia, la que será el estamento del Ministerio de Educación responsable de la promoción, desarrollo, organización general y coordinación de este nivel educacional.

La aprobación de esta ley constituye un avance en relación con la institucionalidad del Estado disponible en materia de educación inicial, ya que separa las funciones de provisión de los servicios educativos para este nivel, las que quedan en manos de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), y las funciones fiscalizadoras del sistema, las que quedan en manos de la Superintendencia de Educación y de la Agencia de la Calidad. Antes de la aprobación de esta ley, la JUNJI agrupaba todas estas funciones, por lo que su separación en instituciones distintas resulta coherente con lo consagrado en el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, porque asegura de mejor manera el respeto y garantía de los derechos de las personas que participan de este nivel educativo.

A propósito, resulta interesante la obligación de producir información a partir del desarrollo de "estadísticas, indicadores, estudios e investigaciones relativas a la educación parvularia"[5], que recae en la nueva Subsecretaría. Ello resulta clave para el monitoreo de la política pública en relación con la educación parvularia, así como del grado de cumplimiento del derecho a la educación y demás derechos en el marco de los procesos educativos.

En suma, la publicación de esta ley constituye un avance en el fortalecimiento de la educación parvularia, coherente con la obligación del Estado de asegurar la continuidad de la educación, tal como lo establece el artículo 13.2 letra e) del PIDESC, en cuanto a "proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza".

5 Ley 20.835, art. 3 letra e)

LEY DE INCLUSIÓN, N° 20.845

Durante 2015 continuó el debate legislativo en torno al proyecto de ley de inclusión, el que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado. La ley establece que el Estado implantará progresivamente la enseñanza gratuita en todos los establecimientos que reciben aportes permanentes del Estado y que estén constituidos sin fines de lucro, prohibiendo el cobro de aranceles y matrículas. En cuanto a los procesos de admisión de los establecimientos que reciben aportes del Estado, no se podrá considerar el rendimiento académico pasado o potencial de los y las estudiantes, ni los antecedentes económicos, de escolaridad, estado civil o situación patrimonial de padres, madres y apoderados. Solo en los casos en que los cupos disponibles sean menores al número de postulantes, los establecimientos deberán aplicar un procedimiento de admisión aleatorio definido por estos, elegido entre los mecanismos que ponga a su disposición el Ministerio de Educación. Excepcionalmente se autorizará establecer procedimientos especiales de admisión para el 30% de su matrícula, a partir de 7° año de la educación básica, a aquellos establecimientos cuyos proyectos educativos requieran una aptitud determinada o a aquellos cuyos proyectos educativos sean de especial o alta exigencia académica.

En marzo de 2015, durante la última fase de tramitación legislativa, un grupo de 12 senadores/as de la Unión Demócrata Independiente (UDI) y Renovación Nacional (RN) solicitó al Tribunal Constitucional (TC) declarar la inconstitucionalidad[6] de una parte del referido proyecto de ley, cuestionando, entre otras cosas, la prohibición de la selección, debido a que esto vulneraría la libertad de enseñanza del artículo 19 N°11 de la Constitución Política.

Al respecto, el INDH presentó un *Amicus Curiae*[7] ante el Tribunal Constitucional, exponiendo los avances que significaba el proyecto de ley en materia de igualdad y no discriminación y en la eliminación de mecanismos de selección discriminatorios y de cobro de aranceles, vulneratorios del artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13.3 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (INDH 2015, pág. 11). El INDH también reiteró su preocupación por la mantención del sistema de selección basada en calificaciones en la enseñanza media y, asimismo, indicó que ciertas definiciones del proyecto debieron aprobarse como leyes interpretativas de la Constitución.

Escuchadas las presentaciones de las organizaciones de la sociedad civil y los alegatos del MINEDUC, así como el de los y las requirentes, el requerimiento de inconstitucionalidad fue parcialmente rechazado[8] por el Tribunal Constitucional el 1 de abril de 2015, en una votación dividida que fue dirimida por su presidente, publicándose la ley el 8 de junio de 2015.

La publicación de esta ley constituye un avance en el plano de garantizar la igualdad de la calidad de la educación, al establecer que es una obligación del Estado "propender a asegurar a todas las personas una educación inclusiva de calidad" y que "el financiamiento estatal a través de la subvención que regula la presente ley, tiene por finalidad asegurar a todas las personas el ejercicio del derecho a una educación de calidad"[9]. Ello resulta coherente con la obligación del Estado, ya que la igualdad de calidad "es una dimensión ineludible del derecho a educación, que debe ser garantizada para todas las personas sin distinción, para todos los niveles educativos (desde el parvulario hasta el superior) y para todas las modalidades de enseñanza (regular, técnico-profesional, de adultos, carcelaria, para población indígena o con discapacidad, etc.), e incluso en situaciones de emergencia" (INDH 2013, pág. 223).

Sin embargo, preocupa al INDH la ausencia de medidas de especial protección en el sistema, orientadas a mejorar la inclusión de grupos de población que están en una situación de desventaja, ya sea por su situación geográfica, como la población rural, o por las dificultades de integrarse en un proceso educativo de manera efectiva, como las personas privadas de libertad, adultos con escolaridad incompleta, migrantes, poblaciones indígenas y las personas con necesidades educativas especiales.

6 Tribunal Constitucional, sentencia Rol Nº 2787-15.

7 Aprobado por mayoría del Consejo del INDH, con votos en contra de los consejeros Amunátegui, Frontaura y Donoso.

8 Respecto del artículo 1 letra c) del proyecto, que declaraba como no razonables las distinciones, exclusiones o restricciones basadas en la libertad de enseñanza, el TC decidió acoger el requerimiento y declarar el precepto como contrario a la Constitución.

9 Ley 20.845, Art. 1.2 letra a) y Art. 2.1 letra b).

En este sentido, el Comité de Derechos del Niño, en las observaciones finales al Cuarto Informe Periódico del Estado de Chile (67 y 68), ha señalado que es necesario tomar medidas para aminorar la segregación y promover un sistema educativo igualitario e inclusivo, quedando prohibida toda selección por criterios arbitrarios o por nivel socioeconómico, independiente de su forma de financiamiento, sea este público o privado.[10]

Al respecto, la ley de inclusión reconoce que "[e]s deber del Estado propender a asegurar a todas las personas una educación inclusiva de calidad" y "promover que se generen las condiciones necesarias para el acceso y permanencia de los estudiantes con necesidades educativas especiales en establecimientos de educación regular o especial, según sea el interés superior del niño o pupilo"[11]. Sin embargo, en la regulación explícita de los sistemas de admisión especial, permitidos para algunos de los establecimientos que requieran una especialización temprana, o a aquellos cuyos proyectos educativos sean de especial o alta exigencia académica, no se consideraron medidas para evitar la discriminación por causal de discapacidad u otras que pudiesen limitar el acceso o la permanencia en este tipo de establecimientos. Por lo mismo, serán clave los procesos de fiscalización que se desarrollen para prevenir, o en su defecto, verificar si estas discriminaciones ocurren en la práctica.

LEY QUE ELIMINA LA PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIÓN DE ESTUDIANTES Y FUNCIONARIOS EN EL GOBIERNO DE LAS INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR

Con fecha 18 de junio de 2015 fue publicada la Ley 20.843, que elimina la prohibición de participación de estudiantes y funcionarios en el gobierno de las instituciones de educación superior, que estaba vigente desde la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza de 1990 y que no había sido modificada con la dictación de la Ley General de Educación, y por tanto, continuaba vigente en el DLF Nº2 que fija el texto refundido de ambos cuerpos legales[12]. La misma modificación se hace en el decreto con fuerza de ley Nº1, de 1980, del Ministerio de Educación, que fija normas sobre universidades; el decreto con fuerza de ley Nº 5, de 1981, del Ministerio de Educación, que fija normas sobre institutos profesionales; y el decreto con fuerza de ley Nº 24, de 1981, del Ministerio de Educación, que fija normas sobre centros de formación técnica.

Dichas normas establecían expresamente que las Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica debían "excluir la participación con derecho a voto de los alumnos y de los funcionarios administrativos tanto en los órganos encargados de la gestión o dirección de ella como en la elección de las autoridades unipersonales o colegiadas"[13]. Esta restricción fue eliminada expresamente en la nueva ley y se generaron indicaciones en aras a evitar que las regulaciones internas de las instituciones de educación superior "contenga[n] disposiciones que prohíban, limiten u obstaculicen la libre organización de éstos"[14]. Los artículos no definen ni el tipo de participación que se le reconocerá a estas organizaciones estudiantiles, académicas y de funcionarios en la toma de decisiones ni su alcance, quedando la definición de esas formas de participación en manos de la autonomía institucional de cada establecimiento.

La necesidad de revisar estas limitaciones a la participación en la esfera de la educación superior ya había sido observada por el INDH (2012 pág. 55), por lo que se valoran positivamente las medidas introducidas por la Ley 20.843 para avanzar en la promoción de los derechos humanos en la educación superior.

SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS

Durante 2015 ha continuado la tramitación del Proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, en la que se contempla la función de "Diseñar, fomentar y coordinar programas de capacitación y

10 Observaciones finales, cuarto periodo de revisiones Chile, Nº 67 and 68, CRC/C/CHL/CO/4-5, Comité de Derechos del Niño.

11 Ley 20.845, art. 1.2).

12 Decreto con Fuerza de Ley 2, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 20.370 con las normas no derogadas del decreto con fuerza de Ley Nº 1, de 2005, publicada el 2-7-2010.

13 DLF 2, art. 56 e), 67 e) y 75 e).

14 Ley 20.843, art.1.

promoción de los derechos humanos para funcionarios de la Administración del Estado, en especial a los integrantes de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y de Gendarmería"[15]. Asimismo, el proyecto de ley contempla la creación del Comité Interministerial de Derechos Humanos, el que elaborará el Plan Nacional de Derechos Humanos, dentro de cuyos objetivos se encuentra la promoción de "la educación y formación en derechos humanos, en los niveles de enseñanza parvularia, básica, media y superior, así como en los programas de capacitación, formación y perfeccionamiento de todas las autoridades y funcionarios de los órganos del Estado, incluidos el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, los miembros de las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería de Chile y las municipalidades"[16].

El proyecto constituye un avance en materia de Educación en Derechos Humanos (EDH), debido a la necesidad de contar con una institucionalidad estatal adecuada que coordine las diferentes iniciativas en materia de educación en derechos humanos. Por un lado, es necesario coordinar las acciones de colaboración y fiscalización con las escuelas e IES en la implementación de planes y programas relativos a educación en derechos humanos, y por otro lado, articular los esfuerzos en las diversas iniciativas legislativas que se están proponiendo.

Al respecto, el INDH (2014 a, pág. 19) ha señalado que la creación de la Subsecretaría "representa un valioso esfuerzo por fortalecer la institucionalidad política y gubernamental de derechos humanos, y responde a la necesidad de establecer con rango de ley un ente que desde el Poder Ejecutivo proponga y coordine las políticas públicas en este ámbito". Asimismo, "destaca que se incorpore un deber de promoción de los derechos humanos en el desarrollo del Plan Nacional y la prioridad que se reconoce al desarrollo de una política pública tendiente a la educación y formación en derechos humanos tanto en los niveles de enseñanza parvularia, básica, media y superior, así como en los programas de capacitación, formación y perfeccionamiento de los funcionarios públicos", valorando que el Plan se diseñe de manera interministerial, incluyendo al Ministerio de Educación en el Comité que lo elabora (INDH 2014 a: pág. 25).

PROYECTOS DE LEY EN ETAPA DE DISCUSIÓN PARLAMENTARIA

PROYECTO DE LEY SOBRE SISTEMA DE DESARROLLO PROFESIONAL DOCENTE

En abril de 2015 el Poder Ejecutivo ingresó al Congreso el proyecto de Carrera Docente, generando tensiones con el Colegio de Profesores, el que mantuvo un paro de más de 57 días para exigir mejoras en el proyecto en torno a las condiciones docentes, lo que culminó en la modificación del proyecto en agosto, mediante indicaciones del Ejecutivo.

El proyecto equipara las condiciones de ingreso a la carrera de pedagogía considerando PSU, *ranking* de notas o programas de preparación previa y aumentando las exigencias de puntajes de ingreso, y establece la obligatoriedad de la acreditación de la carrera y los programas. Además se propone un sistema de acompañamiento por un docente experimentado (mentor), y una carrera con tramos de desarrollo asociados a certificación y experiencia, a lo que se suma un mejoramiento de condiciones de desempeño, particularmente sobre la proporción de horas lectivas y no lectivas.

En cuanto a su aplicación, el proyecto comprende a la totalidad de los programas de formación de profesores y a la totalidad de los/as profesores/as que ejercen en establecimientos de educación escolar con financiamiento público (municipales, particulares subvencionados y de administración delegada). Sin embargo, el proyecto no aborda la situación de los y las profesionales de educación parvularia, lo que ha sido objeto de crítica por parte de representantes de este sector[17].

El proyecto tampoco aborda la situación del personal asistente de la educación, quienes corresponden al 38% del

15 Proyecto de ley, en tercer trámite constitucional, que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia (Boletín Nº 8.207-07).

16 Ibídem.

17 El Colegio de Educadores de Párvulos, Educación 2020, Elige Educar, Aprojunji, entre otras organizaciones firmaron una carta al director del diario *La Tercera*, el 19 de agosto de 2015, indicando que el proyecto de carrera docente "no responde a las particularidades de las educadoras que se desempeñan en niveles de 0 a tres años".

personal que trabaja en establecimientos educativos[18], y están a cargo de actividades clave para el desarrollo de la educación, como son la convivencia escolar, los centros de recursos de aprendizaje y la información y las comunicaciones. Sería deseable que el proyecto abordara su situación para asegurar la generación de espacios educativos respetuosos de derechos y coherentes con la calidad de la educación en todo el ámbito de la escuela, como se plantea en la orientación del artículo 2.2B de la Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de Derechos Humanos[19].

Por lo demás, desde el punto de vista de la calidad de la educación, el proyecto carece de una definición respecto de lo que se entiende por una educación de calidad, pese a que en el mensaje del proyecto se hace explícita la importancia que tienen los y las docentes para su logro[20], y a que plantea como uno de sus objetivos el "asegurar la calidad de la formación inicial de los docentes". Sería deseable que el proyecto contuviera dicha definición de calidad de la educación, e incorporase propuestas de evaluación diagnóstica y acreditación de carreras y programas que apunten a asegurar una formación docente acorde a las exigencias de esos criterios[21], lo que debiera complementarse con las iniciativas de las propias instituciones que forman docentes. En lugar de ello, el proyecto solo establece mecanismos de selección y evaluación de los estudiantes de pedagogía, lo que constituye un mecanismo válido en la educación superior, porque se trata de un derecho que se ejerce según capacidades de acuerdo al artículo 13.2 letra c) del PIDESC, pero que dista de ser un mecanismo suficiente para asegurar la calidad de la formación inicial docente.

Por último, si bien el proyecto apunta a generar un sistema de carrera docente que incentiva a los/as docentes a avanzar en su nivel de calificación, mediante la certificación de competencias y años de experiencia, el proyecto no asegura una adecuada distribución de los docentes calificados en las diversas escuelas, por lo que podría ocurrir que una escuela se quedara con docentes que permanecen en el nivel más bajo del tramo temprano indefinidamente, mientras que otra podría tener varios docentes de tramo avanzado, superior y experto. Lo anterior, debido a que el proyecto solo asegura que no puedan permanecer en las escuelas los docentes que no avanzan del tramo inicial en el tiempo correspondiente, los que pueden ser contratados en otras escuelas. Esto podría generar un aumento de las brechas entre establecimientos en relación con la calidad de la educación, por lo que sería deseable que el proyecto contemple mecanismos para que todas las escuelas y liceos cuenten en su planta con una proporción de docentes que haya recibido una alta calificación.

Pese a las preocupaciones que genera la propuesta, el INDH considera que el proyecto en su conjunto constituye un avance en cuanto al establecimiento de un sistema de mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de los y las docentes, como ha sido establecido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el que ha dicho que los Estados deben "mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente"[22]

18 Elaboración propia a partir de bases de datos MINEDUC 2014.

19 Art. 2: "La educación y la formación en materia de derechos humanos engloban la educación: b) Por medio de los derechos humanos, que incluye aprender y enseñar respetando los derechos de los educadores y los educandos"

20 "el derecho a la educación significa contar con un cuerpo docente que apoye el derecho de los infantes y de los jóvenes de las nuevas generaciones a acceder a una educación de calidad y ser educados de acuerdo con los valores democráticos [...] Atendida la relevancia que para el ejercicio del derecho a una educación de calidad tiene el establecer un sistema de desarrollo profesional"

21 En relación con esto, la UNESCO y la OIT, en la Recomendación conjunta de 1996, manifiestan que "el personal docente, debería adquirir su formación general, especializada y pedagógica, en una universidad o en una institución de formación de nivel equivalente o en una escuela especializada en la formación de personal docente" (V.21.1). Asimismo, se recomiendan tener en cuenta algunos aspectos mínimos que todo programa de formación de personal docente debería comprender: "a) Estudios generales; b) Estudio de los elementos fundamentales de filosofía, de psicología y de sociología aplicados a la educación, así como estudio de la teoría y la historia de la educación, de la educación comparada, la pedagogía experimental, la administración escolar y los métodos de enseñanza de las distintas disciplinas; c) Estudios relativos a la disciplina en la que el futuro docente tiene intención de ejercer su carrera; d) Práctica de la docencia y de las actividades para escolares, bajo la dirección de profesores plenamente calificados"(V.20). La Recomendación de UNESCO y OIT de 1996 está recogida en la Observación General Nº 13 del Comité DESC, en la que se "señala a la atención de los Estados Partes la Recomendación relativa a la Situación del Personal Docente (1966) hecha conjuntamente por la UNESCO y la OIT y la Recomendación relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior, de la UNESCO (1997), y los insta a informar sobre las medidas que adopten para velar por que todo el personal docente goce de unas condiciones y una situación acordes con su función" (párr. 27).

22 PIDESC, art. 13.2 letra e)

y como lo ha interpretado el Comité DESC, encargado de supervisar su cumplimiento[23].

PLAN DE FORMACIÓN CIUDADANA PARA LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES RECONOCIDOS POR EL ESTADO

En medio del clima de desconfianza a raíz de los escándalos por financiamiento irregular de campañas y en un contexto de caída en la credibilidad pública de las instituciones que son esenciales para la vida democrática del país, el 12 de mayo de este año ingresó al Congreso, como recomendación del Consejo Engel, el Proyecto de Ley que contiene el Plan de Formación Ciudadana para los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado[24].

El proyecto fija, para el 2016, la obligación de los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado de contar con un Plan de Formación Ciudadana, que integre y complemente las definiciones curriculares nacionales en esta materia, estableciendo sus objetivos y delineando algunas de sus acciones básicas, lo que podría representar un buen avance en materia de Educación en Derechos Humanos (EDH). Ello, teniendo en cuenta lo expresado por el Comité de Derechos del Niño, que en las observaciones finales al Cuarto Informe Periódico del Estado de Chile (72) hace un llamado a implementar un plan de acción nacional por la educación en derechos humanos, como fue recomendado en el marco del programa Mundial por la Educación en derechos Humanos[25].

Al respecto, es necesario señalar que el currículum nacional chileno ha ido reforzando la inclusión en EDH y la ha ido haciendo cada vez más explícita durante el proceso de reforma curricular que se iniciara en el 2010. De esta manera, se constata que existen, a lo menos, 350 oportunidades para trabajar EDH desde la educación parvularia a IV medio en los objetivos de aprendizaje obligatorios establecidos en las bases curriculares, a lo que se suma que cerca del 40% de Objetivos de Aprendizaje Transversal se relacionan con la educación en derechos humanos (INDH 2015, pág. 42). Sin embargo, la escasa formación docente en estas materias se torna un impedimento para que este currículum sea implementado en el aula y en las actividades extraprogramáticas que desarrollan los establecimientos educacionales.

Por lo mismo, es de preocupación del INDH el hecho de que el proyecto de ley trabaje tan someramente este componente y le asigne a los establecimientos la mayoría de la responsabilidad de esta formación, ya que ello supera las posibilidades de las unidades educativas. La formación inicial y continua de los y las docentes, así como de los equipos directivos, requieren de condiciones no atendidas por el proyecto, tanto en lo referido a la destinación de recursos, tiempos para la capacitación, como a la generación de una oferta de formación continua de calidad y en cantidad suficiente para que esto sea viable. En este sentido, los estándares internacionales son claros en señalar que "se necesitan recursos humanos y financieros hasta el máximo de que se disponga" para "la toma de las medidas necesarias, o las suficientes" para la ejecución de estos "planes nacionales integrales"[26].

Lo anterior resulta preocupante para el INDH, pues el Ministerio de Educación debiera determinar los mínimos en el diseño del Plan y fiscalizar que dichos mínimos se cumplan, pero también debiera destinar recursos humanos y financieros para colaborar con las escuelas en la implementación del Plan y el cumplimiento de las obligaciones que recaen en ellas[27]. También parte hay un conjunto de tareas que las escuelas y liceos no siempre están en condiciones de asumir y que son necesarias para la implementación del Plan, como el desarrollo de la investigación, la creación de materiales y

23 Observación General Nº 13, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 27.

24 Boletín Nº 10043-04.

25 Observaciones finales, cuarto período de revisiones Chile, Nº 72, CRC/C/CHL/CO/4-5, Comité de los Derechos del Niño.

26 Comité DN, Observación General Nº 1, Propósitos de la educación, 17 de abril de 2001, CRC/GC/2001/1, párr. 28

27 De acuerdo con el artículo, las escuelas deben visibilizar los objetivos de aprendizaje transversales referidos a la formación ciudadana en la planificación curricular; realizar talleres y actividades extraprogramáticas; formar docentes y directivos en esta área; desarrollar actividades abiertas a la comunidad; fomentar la representación y participación de los estudiantes en decisiones propias del quehacer escolar; promover una cultura de diálogo y sana convivencia escolar, y otras que el sostenedor y la comunidad educativa consideren pertinentes. En tanto que el Ministerio de Educación debe poner a disposición del sistema escolar orientaciones y ejemplos para facilitar la implementación de los planes y elaborar un reglamento que regule su implementación.

estrategias didácticas, la incorporación de estas temáticas en los procesos de formación y capacitación docente, y el monitoreo y evaluación a nivel nacional de los aprendizajes en este ámbito, entre otras.

Al dejar la responsabilidad de la calidad e implementación del Plan a cada unidad educativa sin el apoyo y colaboración adecuada por parte del Ministerio y sin que el Estado se haga cargo de las tareas que las escuelas no pueden asumir, no se logra garantizar un piso mínimo común a nivel nacional respecto del logro de los objetivos propuestos. Sin un adecuado marco de acompañamiento o un mayor perfilamiento del plan, esta política puede desencadenar nuevos focos de segmentación de la calidad educacional y, por tanto, de discriminación. Incluso podría ocurrir que el enfoque con el que se trabajen los temas de ciudadanía difiera del marco de derechos humanos en el que se deben basar. Es importante que el proyecto señale más claramente la labor del Estado en garantizar que los temas sean tratados coherentemente en todas las escuelas y que ello no dependa de los recursos de cada escuela, como ha señalado el Comité de Derechos del Niño en materia de supervisión de la calidad de la educación y de articulación de diferentes políticas en un plan integral que permita velar por el cumplimiento de los propósitos de la educación entendida como derecho humano[28].

Adicionalmente, resulta preocupante que el Plan propuesto no se encuentre articulado con el resto de la normativa y política educacional, y de otros marcos legales en discusión, como es la Subsecretaría de Derechos Humanos[29] y el proyecto de ley que crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente y modifica otras normas[30], proyectos que hacen referencia a procesos de capacitación de funcionarios públicos y agentes de orden y seguridad, así como de los planes de EDH que debiesen operar en el espacio escolar.

Por último, resulta relevante señalar que ni esta iniciativa, ni la de la Subsecretaría de Derechos Humanos o la de Carrera Docente, vienen asociadas a un marco presupuestario que logre resolver los costos de implementar estos procesos, lo que podría verse subsanado con una mayor inversión del gasto público que el Estado ya destina a capacitación en la glosa 3 del presupuesto nacional, considerando que al 2014 se destinaron a temáticas relacionadas con derechos humanos 123 millones de pesos, lo que representa solo el 1,3% del presupuesto de capacitación implementado, mientras se invierte el doble de presupuesto en temas instrumentales[31]. Asimismo, permanece el desafío de fortalecer la oferta de estos cursos, tanto en la amplitud temática que responde a derechos humanos (el 75% de las capacitaciones se concentra en los temas de género, pueblos indígenas y niños, niñas y adolescentes) como en la profundidad de su tratamiento (el 69% corresponde más bien a jornadas de sensibilización que a procesos efectivos de capacitación, ya que la duración de las actividades no supera las 12 horas).

AVANCES Y DESAFÍOS PENDIENTES

Entre los avances que se observan es posible señalar la cantidad de iniciativas legislativas que abarcan los distintos niveles del sistema educativo, y que refieren a casi la totalidad de las problemáticas que el INDH ha representado en sus informes anuales. Este conjunto de iniciativas se ha impulsado con el propósito declarado de mejorar el ejercicio del derecho a educación en Chile y de reforzar los compromisos internacionales del Estado en esta materia. En este sentido, las iniciativas avanzan en robustecer el cuerpo legal que rige la educación en Chile, bajo una perspectiva de derechos humanos como principio rector del sistema educacional de acuerdo con lo establecido en la modificación del art. 2 de la Ley General de Educación que incorpora la Ley de inclusión. Pese a estos avances, la articulación programática que deberá dar materialidad a estos cuerpos legales está atomizada a nivel de establecimientos y sin un claro financiamiento ni conducción por parte del Estado. Asimismo, la tutela constitucional del derecho sigue pendiente, como ha planteado el INDH en sus informes anuales anteriores.

En materia de igualdad y no discriminación, el INDH valora el refuerzo de leyes y principios generales que apuntan a una mayor inclusión, eliminando mecanismos que segmen-

28 Comité DN, Observación General Nº 1, Propósitos de la educación, 17 de abril de 2001, CRC/GC/2001/1, párrs. 22 y 23

29 Boletín 8207-07

30 Boletín 10.008-04

31 Análisis de las bases del Sistema Informático de Capacitación SISPUBLI, Dirección Nacional de Servicio Civil, sobre actividades del año 2014 (informadas por oficio Nº 1118/2015)

tan, excluyen y limitan la libertad de elegir la educación que se quiere. Pese a esto, aún persisten posiciones que mantienen dudas sobre estas medidas y su impacto sobre la libertad de enseñanza. Por otro lado, al INDH le preocupa que ninguno de los proyectos ha considerado medidas especiales de protección, para dar efectividad material al acceso y permanencia en el sistema educativo así como de logro de aprendizajes relevantes, de grupos que históricamente han tenido mayores barreras para participar de los procesos educativos, como la población rural, la con discapacidad, la privada de libertad y la adulta que no cuenta con su escolaridad completa.

Respecto de la calidad, se ha avanzado en materia de institucionalidad (Superintendencia de Educación Parvularia) y se ha comenzado la discusión de estándares mínimos tanto para la educación parvularia, escolar (mediante el proyecto de Carrera Docente) como la superior, de los que el sistema normativo educacional carece ahora. Sin embargo, sigue ausente el debate que conduzca a clarificar y definir lo que se entenderá por calidad de la educación y cuál será el rol que se le dará a los propósitos que los estándares internacionales han fijado para la educación. Sin estas definiciones, los mecanismos de aseguramientos de la calidad que fiscalizan o acreditan los procesos educacionales, en sus múltiples niveles, carecen de orientaciones que permitan velar por dicha calidad en términos globales, y más aún en el cumplimiento del principio de igualdad en esta esfera de la enseñanza[32].

La Educación en Derechos Humanos tampoco ha estado ausente del debate legislativo y de otras iniciativas gubernamentales, ampliando el debate de su inclusión solo a nivel escolar, y también hacia la formación de funcionarios y funcionarias públicas, y a la ciudadanía en general. Se ha iniciado un Plan de Formación Ciudadana en paralelo a la discusión del proyecto de ley, y se contará con una institucionalidad (Subsecretaría de Derechos Humanos) que promoverá un plan de formación directamente en estas materias. Preocupa, sin embargo, la baja articulación entre estas iniciativas y que no se estén tomando medidas oportunas en materia de formación docente –inicial y continua–, porque ello es una condición necesaria para la implementación de dichos planes y de los procesos formativos regulares.

32 Es importante recordar que la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza, ratificada por Chile en 1971, señala que los Estados deben mantener en todos los establecimientos públicos del mismo grado una enseñanza del mismo nivel y condiciones equivalentes en cuanto se refiere a la calidad de la enseñanza proporcionada.

BIBLIOGRAFÍA

INDH, Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2011.

INDH, Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2012.

INDH, Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2013.

INDH, Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2014.

INDH, *Amicus Curiae* presentado ante el TC en los autos sobre solicitud de declaración de inconstitucionalidad Rol Nº 2787-15, 6 de marzo de 2015.

INDH, Informe sobre Proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia. Boletín 8207-07; aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 17 de noviembre de 2014, sesión 230.

INDH, Diagnóstico de la inclusión de la educación en derechos humanos en el currículum escolar chileno al año 2015.

MINEDUC, Documento de Trabajo. Bases para una Reforma al Sistema Nacional de Educación Superior; 4 de agosto de 2015.

3

Derechos civiles y políticos

1. FUNCIÓN PÚBLICA Y DERECHOS HUMANOS

2. DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA





FUNCIÓN PÚBLICA Y DERECHOS HUMANOS

Fotografía: Enrique Cerda



1

FUNCIÓN PÚBLICA Y DERECHOS HUMANOS

ANTECEDENTES

El INDH ya se ha referido en años anteriores a los derechos políticos, en particular, señalando que estos no se agotan con la participación en elecciones periódicas. Por el contrario, al tenor del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los derechos políticos comprenden el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, votar y ser elegido en elecciones y también el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país. El Informe Anual 2013 del INDH se pronunció respecto de las dos primeras dimensiones de esta garantía. Este año, el presente capítulo está dividido en dos partes: la primera se aboca a analizar el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, y la segunda, a revisar las relaciones especiales de sujeción en las que se encuentran los/as funcionarios/as de las Fuerzas Armadas, y de Orden y Seguridad, y las restricciones de derechos asociadas.

El acceso a la función pública en condiciones de igualdad es un tema que ha estado presente en el debate público durante este año. Por ejemplo, en mayo, la Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF) instó al actual gobierno a responder a las demandas de los llamados *exonerados del gobierno de Sebastián Piñera*, e indicó que cerca de 11.000 personas fueron despedidas de sus cargos en la administración pública por decisiones arbitrarias tomadas por sus superiores jerárquicos durante dicho gobierno. De acuerdo con la Mesa de Coordinación Nacional de Exonerados–ANEF, estas personas fueron despedidas sin perjuicio de haber contado con buenas calificaciones relativas a su desempeño en la administración[1]. Debido a que estos funcionarios se encontraban en modalidades de contratación temporal, no obtuvieron indemnizaciones por años de servicio, quedando en un grave estado de indefensión. La diputada Cariola, a instancias de los trabajadores exonerados, formuló en 2014 un proyecto de resolución que insta a adoptar medidas de reparación para los afectados. A la fecha de cierre de este informe no ha existido una respuesta coordinada de parte de las autoridades en cuanto a adoptar medidas de reparación a favor de los funcionarios afectados[2-3].

En el mismo mes la ANEF suscribió un Protocolo de Acuerdo con el actual gobierno, en el que se expresan varios compromisos relativos al mejoramiento de los mecanismos para acceder a la función pública y de las condiciones bajo las cuales esta es ejercida[4]. Dicho documento acuerda, entre otros puntos, diagnosticar y corregir las diferencias de remuneraciones entre hombres y mujeres en la administración pública, proveer de mayor estabilidad laboral a las y los funcionarios que actualmente se encuentran a contrata, e incorporar al menos 8.800 funcionarios/as que se encuentran trabajando a honorarios a pesar de desempeñar funciones permanentes en la administración. El Protocolo también indica que la mesa de trabajo gobierno–ANEF revisará las condiciones generales de empleo y los sistemas de ingreso, con el fin de "abordar integralmente el Modelo de Empleo Público sustentado en el mérito, la experiencia, la transparencia, la ética y el ejercicio pleno de derechos, con igualdad y equidad de género, en un marco de políticas que garanticen el desarrollo de las y los funcionarios y su estabilidad laboral"[5].

1 Entrevista con la Mesa de Coordinación Nacional de Exonerados-ANEF realizada por el INDH el 21 de septiembre de 2015.

2 Entrevista con la Mesa de Coordinación Nacional de Exonerados-ANEF realizada por el INDH el 21 de septiembre de 2015.

3 Ver Corte Suprema, Rol 10.972-2013, sentencia de 30 de abril de 2014.

4 Disponible en: http://www.gob.cl/2015/07/02/gobierno-y-anef-firmaron-protocolo-de-acuerdo-para-fortalecer-condiciones-laborales-del-sector-publico/

5 Protocolo gobierno-ANEF, letra o).

A lo anterior se suman las demandas planteadas en octubre, en el marco del paro de trabajadores/as del Registro Civil, en relación con la derogación de las normas constitucionales que no permiten la sindicalización ni reconocen el derecho a huelga en el sector público. La huelga de trabajadores/as de dicho servicio planteó, a su vez, la necesidad de clarificar, en el marco de una discusión atinente a la regulación de la huelga en el sector público[6], cómo delimitar este derecho en el caso de servicios esenciales, de forma de garantizar, al mismo tiempo, los derechos fundamentales de otras personas que pudieran requerirlos en el contexto de huelga de un servicio determinado.

Por su parte, las restricciones al ejercicio de derechos en el caso de funcionarios/as de las FF.AA. y de Orden y Seguridad también han estado presente en el debate público, si bien de forma más acotada, ya que los asuntos propios de estas instituciones no suelen analizarse ni debatirse públicamente. No obstante, y por poner un ejemplo, las demandas de algunos/as funcionarios/as de Carabineros se conocieron a partir de declaraciones en programas periodísticos, donde se comentaba, entre otras cuestiones, concerniente a la autorización que deben pedir para poder casarse. Ello evidencia la necesidad de revisar, desde una perspectiva de derechos humanos, la necesidad, proporcionalidad, objetividad y razonabilidad de ciertas restricciones a los derechos de funcionarios/as vigentes en las FF.AA. y de Orden y Seguridad.

A continuación se examinarán los estándares internacionales de derechos humanos aplicables al acceso a la función pública, así como también el marco legal nacional que regula esta actividad. Asimismo, este apartado analizará algunos de los desafíos actuales en el acceso a la función pública, particularmente en lo que respecta a la administración central del Estado. A continuación, el apartado examinará el concepto de relaciones de especial sujeción, y se describirán los mecanismos para la restricción de garantías fundamentales bajo el derecho internacional. Posteriormente se examinarán algunas de las restricciones que nuestra legislación nacional impone a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad con el objeto de evaluar si estas son coherentes con los estándares del derecho internacional.

6 Ver apartado de Derecho al Trabajo en este mismo informe.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Al analizar los estándares internacionales se encuentra que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad. Así, el artículo 25 letra c) del PIDCP establece el derecho de la ciudadanía a "tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas examinó el contenido y alcance de esta disposición en su Observación General Nro. 25 e indicó, a modo de orientación para el Estado, que en función de esta garantía "los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos"[7], y agregó que si el acceso a la administración se basa en "los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se evitará que los titulares de esos cargos puedan ser objeto de injerencias o presiones políticas"[8]. Finalmente, el Comité también señaló que el derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad faculta al Estado a adoptar medidas afirmativas para efectos de asegurar el acceso igualitario a los cargos públicos[9].

Es importante destacar que si bien el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo se refiere específicamente a las relaciones de trabajo en la administración pública, dicho instrumento no establece estándares específicos en materia de acceso a la función pública[10]. Sin perjuicio de ello, otros convenios sí fijan estándares generales que resultan aplicables a esta situación. Así, por ejemplo, el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenio 111) de la Organización Internacional del Trabajo exige al Estado "formular y llevar a cabo una política nacional que promueva [...] la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de

7 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 25, párr. 23.

8 Ibídem.

9 Ibídem.

10 Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (número 151).

eliminar cualquier discriminación a este respecto"[11]. Dicho instrumento establece la obligación de los Estados partes a, entre otros, "derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones o prácticas administrativas que sean incompatibles con [la política nacional de promoción de la igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo]".

Por su parte, la Convención Para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer exige al Estado garantizar en condiciones de igualdad el derecho de las mujeres a "[p]articipar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de estas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales"[12]. Acerca de esta garantía, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha establecido, como orientación de política, que el Estado "tiene la responsabilidad, dentro de los límites de sus posibilidades, de nombrar a mujeres en cargos ejecutivos superiores"[13]. Asimismo, el Comité indicó que el Estado debe adoptar medidas para determinar cuáles son los obstáculos que limitan la participación de la mujer en el ámbito del diseño y ejecución de las políticas gubernamentales y cómo superarlos[14].

Dicha Convención también exige al Estado adoptar medidas para eliminar la discriminación contra las mujeres en el ámbito laboral, garantizando específicamente la igualdad en cuanto a las oportunidades en el empleo, la remuneración, la seguridad social, y la salud.

Además, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige al Estado promover el ejercicio al derecho al trabajo de toda persona sin discriminación. Entre las medidas concretas exigidas por dicha Convención se incluye la contratación de personas con discapacidad en el sector público (art. 27g).

Finalmente, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial también exige al Estado garantizar el derecho al acceso a las funciones públicas de toda persona sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico (art. 5 c).

A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad en los mismos términos que el PIDCP: "tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país" (23.1 letra c). Al respecto, la Corte IDH ha sostenido en repetidas sentencias que esta garantía se cumple cuando el Estado asegura que los criterios de nombramiento, ascenso y destitución aplicables a quienes desempeñan labores para la administración del Estado sean "razonables y objetivos"[15].

NORMATIVA NACIONAL

A nivel nacional, la garantía de acceso a la función pública en condiciones de igualdad goza de reconocimiento en la misma Constitución Política de la República, que en su artículo 38 establece que la ley "garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes". Asimismo, el artículo 19 número 17 de la Constitución establece el derecho a "La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes". El Tribunal Constitucional ha establecido que, por medio de dichas disposiciones, "la Carta Fundamental contempla como principios que deben concurrir conjuntamente en el acceso a los empleos públicos, el de legalidad en la determinación de los requisitos generales y de los especiales para cada cargo, y el de igualdad de oportunidades en su provisión"[16.]

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley 18.575, cumple este mandato constitucional regulando la carrera funcionaria. Dicho cuerpo legal fija las condiciones generales en las

11 Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (número 111), art. 2.

12 Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, artículo 7(b).

13 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nro. 23, párr. 26.

14 Ibídem, párr. 27.

15 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 206. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013, párr. 198.

16 Tribunal Constitucional, Rol 805-07, considerando séptimo.

cuales se accede a la función pública y entrega su regulación al Estatuto Administrativo. En cuanto al acceso a la función pública, la Ley de Bases establece en su artículo 46 que el "ingreso en calidad de titular se hará por concurso público y la selección de los postulantes se efectuará mediante procedimientos técnicos, imparciales e idóneos que aseguren una apreciación objetiva de sus aptitudes y méritos"[17]. Asimismo, dicha ley fija las condiciones bajo las cuales los y las funcionarias pueden cesar en sus funciones.

La Ley 18.834, conocida como "Estatuto Administrativo", regula el régimen laboral de la administración pública central, estableciendo tanto los requisitos para acceder a los cargos públicos como las modalidades contractuales y los procedimientos para realizar dichas contrataciones. De acuerdo con el Estatuto existen cargos públicos de planta y a contrata; los primeros se refieren a puestos de carácter permanente, mientras que los segundos son de carácter transitorio. Los puestos a contrata son a plazo fijo y pueden ser renovados.

Adicionalmente el Estatuto faculta a la autoridad a realizar contratos personales a honorarios para efectos de ejecutar labores no habituales de cada institución –estos contratos no se rigen por el Estatuto Administrativo, sino por las cláusulas que en ellos se establezcan y no constituyen cargos públicos[18]. Por último, también existen empleos que se rigen por las disposiciones del Código del Trabajo.

Los mecanismos para acceder a puestos de estas tres categorías son diferentes. En cuanto al acceso a los cargos de planta, el Estatuto reitera en su artículo 17 que el acceso a los cargos en calidad de titular se realiza por concurso público –a excepción de los cargos de exclusiva confianza–. Dicho artículo dispone que, en relación con los certámenes, queda prohibido "todo acto de discriminación que se traduzca en exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo"[19]. El Estatuto regula de manera detallada el procedimiento para la realización de certámenes y entrega a un reglamento la creación de las "normas complementarias orientadas a asegurar la objetividad, transparencia, no discriminación, calidad técnica y operación de los concursos para el ingreso, para la promoción y para cualquiera otra finalidad con que estos se realicen"[20].

El Estatuto Administrativo no regula de manera expresa la forma en la que deben proveerse los cargos a contrata[21]. Al respecto, la Contraloría General de la República ha establecido de manera reiterada en sus dictámenes que "la autoridad no está obligada a convocar un certamen para proveerlos, de lo que se colige que aquella puede designarlos de forma directa"[22]. Sin perjuicio de ello, la Contraloría ha determinado que si bien la autoridad puede utilizar cualquier mecanismo que estime pertinente para proveer cargos a contrata, estos "no deben contradecir los principios generales de los concursos"[23]. Adicionalmente, ciertas leyes han establecido la obligación de realizar concursos públicos para la asignación de cargos a contrata, como es el caso de la Defensoría Penal Pública y Gendarmería.[24]

Así, la contratación de personal en la modalidad a honorarios tampoco requiere de la realización de concursos públicos. Respecto de este punto, la jurisprudencia reiterada de la Contraloría General de la República ha señalado que "tratándose de contrataciones de prestación de servicios personales sobre la base de honorarios, no es legalmente necesario convocar a un concurso"[25]. Ahora bien, si la autoridad "opta por llamar a un proceso de selección, deben, por cierto, respetarse los lineamientos que en tal evento se determinen"[26].

17 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley 18.575, art. 46.

18 La contratación de personal por contratos de honorarios a suma alzada se encuentra regulada también en el Decreto Nro. 98 de 1991 del Ministerio de Hacienda.

19 Estatuto Administrativo, Ley 18.834, art. 17, inc. 3.

20 Ibídem, art. 60.

21 Contraloría General de la República, dictamen 32.063, de 24 de mayo de 2013.

22 Contraloría General de la República, dictamen 64.589, de 13 de agosto de 2015.

23 Contraloría General de la República, dictamen 76.755, de 22 de noviembre de 2013.

24 Información remitida por el Servicio Civil por vía del Oficio 2739, de 24 de Septiembre de 2015.

25 Contraloría General de la República, dictamen 66.587, de 20 agosto de 2015.

26 Ibídem.

Como se indicó anteriormente, los procedimientos antes descritos no son aplicables a los cargos de exclusiva confianza. El artículo 51 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado establece que se entiende por cargos de exclusiva confianza aquellos "sujetos a la libre designación y remoción del Presidente de la República o de la autoridad facultada para disponer el nombramiento"[27]. Ahora bien, desde 2003 existe en Chile el Sistema de Alta Dirección Pública (SADP), el que permite la realización de concursos públicos y transparentes para la designación de un porcentaje de cargos directivos de exclusiva confianza. Por medio de este sistema se busca asegurar que el nombramiento de estos cargos directivos se base en el mérito y se lleve a cabo con respeto al principio de no discriminación. Con posterioridad a su creación, este sistema se expandió más allá de la designación de cargos en el gobierno central, y en la actualidad incluye a otros organismos públicos –por ejemplo, cargos directivos en municipalidades, en el Poder Judicial y el Poder Legislativo–. Es importante destacar que el Informe Final del Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción (Consejo Engel), recomendó expandir el alcance del SADP para cubrir el nombramiento de hasta el tercer nivel jerárquico de los servicios respectivos, así como también el nombramiento de directivos en órganos fiscalizadores y otros servicios actualmente excluidos[28].

En cuanto al empleo público en las municipalidades, este se encuentra regulado por la Ley 18.883, esta también distingue entre funcionarios de planta y a contrata, y también permite la celebración de contratos personales a honorarios para desempeñar labores no habituales. Igual que en el caso anterior, la ley exige la realización de concursos públicos para el acceso a los cargos de planta. Dicho estatuto también se complementa con la Ley 19.378, que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, el que reconoce la igualdad en la carrera funcionaria en su artículo 31. A su vez, la Ley 19.070, que aprueba el Estatuto de los Profesionales de la Educación, también complementa el régimen legal aplicable al empleo municipal[29].

Adicionalmente, sin perjuicio de los mecanismos de incorporación de los tratados internacionales a la normativa nacional, Chile ha adoptado legislación específica orientada a prevenir la discriminación en el acceso a la función pública de ciertos grupos de personas. Así, por ejemplo, la Ley 20.422 (Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad) establece en su artículo 45 que "los procesos de selección de personal, la Administración del Estado y sus organismos, las municipalidades, el Congreso Nacional, los órganos de la administración de justicia y el Ministerio Público seleccionarán preferentemente, en igualdad de condiciones de mérito, a personas con discapacidad"[30].

Por último, es importante mencionar las medidas destinadas a dar publicidad a las convocatorias a certámenes para acceder a cargos públicos. En el caso de los cargos sujetos al Sistema de Alta Dirección Pública, esta se realiza por medio de avisos publicados en tres periódicos de circulación nacional y por medio de su publicación en el portal *web* www.empleospublicos.cl. Dicho portal es mantenido por el Servicio Civil y es un paso importante para dar publicidad a los procesos de contratación que actualmente se realizan vía concursos. Dicho portal agrupa también las convocatorias a concursos de cargos de planta, a contrata y honorarios. En efecto, el Ministerio de Hacienda instruyó, en mayo de 2015, a todos los servicios públicos el uso obligatorio de dicho portal *web* para efecto de difundir todos los procesos de selección de personal[31].

En definitiva, la normativa existente reconoce el derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y busca protegerlo por vía de la realización de concursos. Sin embargo, este modelo limita la obligatoriedad de dichos mecanismos a los cargos de planta, que, en teoría, deberían ser la mayoría de los cargos públicos. Los mecanismos para proteger la igualdad en el acceso para los cargos temporales

27 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley 18.575, Art. 51.

28 Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, Informe Final, 24 de abril de 2015, pág. 39 y siguientes. Disponible en: http://consejoanticorrupcion.cl/wp-content/uploads/2015/06/2015.06.05-consejo_anticorrupcion.pdf

29 Además de lo anterior, otros funcionarios se rigen también por las disposiciones del Código del Trabajo.

30 Ley 20.422, art. 45.

31 Información remitida por el Servicio Civil por vía del Oficio Ord. 2739, de 24 de septiembre de 2015.

y contratos de honorarios son menores, en tanto la realización de concursos no es un requisito legal, a diferencia de lo que acontece en materia de contratación pública. Como veremos más adelante, esta diferencia tiene un importante impacto debido a la realidad actual de administración del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, la Presidenta de la República dictó en 2015 el Instructivo Presidencial sobre Buenas Prácticas Laborales en Desarrollo de Personas en el Estado, en el que ordena la adopción de medidas destinadas a garantizar la igualdad al acceso a la función pública. En concreto, el gobierno busca asegurar el uso de procedimientos transparentes en el reclutamiento de personal y dar difusión a las convocatorias –tanto para la contratación de personal de dotación como para la contratación a honorarios[32]–. Si bien la adopción de dicho instructivo presidencial significa un buen paso en dirección a garantizar el acceso igualitario a la función pública, la regulación de estas materias por medio de estos instrumentos es insuficiente para garantizar la mantención de dichas políticas en el tiempo.

LA SITUACIÓN ACTUAL

Como vimos, el acceso a la función pública en condiciones de igualdad se encuentra reconocido en la Constitución Política de la República. En concordancia con los estándares internacionales, la legislación chilena ha buscado hacer efectiva dicha garantía exigiendo la realización de concursos públicos para el acceso a los puestos de planta. En el caso de contratos de carácter temporal, no existe una exigencia legal general de llevar a cabo dichos certámenes.

Lo anterior es relevante en tanto el modelo de empleo público establecido en el Estatuto Administrativo, como ya lo ha establecido el INDH en informes anteriores, no se condice con la realidad de la Administración pública[33]. Según el Estatuto, los empleos temporales (a contrata) no debieran superar el 20% de la dotación de planta de cada institución y los contratos a honorarios deben quedar reservados para labores accidentales[34]. Sin embargo, las estadísticas preliminares para el 2015 entregadas por la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda (DIPRES) sugieren una realidad distinta.

De acuerdo con estos datos preliminares, a julio de 2015, las personas que trabajaban para el gobierno central eran 296.481[35]. De estas, 236.368 corresponden a personal de la dotación, mientras que 60.113 no son consideradas parte de la dotación. De estos últimos, el personal contratado a honorarios son 41.099.

Del total de funcionarios de la dotación, 81.644 son considerados de planta, mientras que 150.611 son funcionarios a contrata. De acuerdo con estos datos, los empleos de planta alcanzan cerca del 34% de total de funcionarios de dotación, mientras que los empleos temporales superan el 63%. Esto revela dos cuestiones problemáticas. Por un lado, que es necesario que el Estado sincere las necesidades reales referidas a la cantidad de funcionarios/as (planta y contrata) que requiere para cumplir con sus funciones adecuadamente. Por otro, que existe un problema allí cuando una persona tiene un tipo de contrato no acorde al trabajo que se le pide realizar. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una persona contratada a honorarios realiza una labor habitual de la institución.

Es importante destacar que este problema afecta al gobierno central[36] en su conjunto, pero impacta con mayor fuerza a la administración central del Estado. Así, el Poder Legislativo cuenta con 483 funcionarios de planta y una misma cantidad de funcionarios a contrata. Por su parte, el Poder Judicial cuenta con 8.291 funcionarios de planta y 3.301 funcionarios a contrata.

32 Información remitida por el Servicio Civil por vía del Oficio Ord. 2739, de 24 de septiembre de 2015.

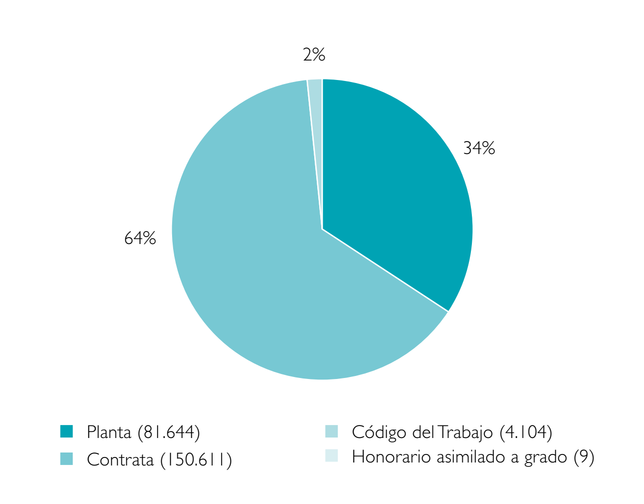
33 Véase: Informe Anual 2012.

34 En la realidad, estos límites son suspendidos anualmente por medio de la ley de presupuesto en las respectivas glosas presupuestarias.

35 De acuerdo con la DIPRES, por gobierno central se entiende el "Conjunto de instituciones que están sometidas a las mismas normas de planificación y ejecución presupuestaria, mantienen una estrecha relación de dependencia del Ejecutivo y se les asigna presupuesto anual mediante la Ley de Presupuestos. Este conjunto se compone de la administración central, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público". DIPRES, Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2004-2013, noviembre de 2014, pág. 14.

36 Es decir, a la administración central, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público, de acuerdo con la definición de DIPRES.

CUADRO 1.
PERSONAL DE DOTACIÓN EN EL GOBIERNO CENTRAL SEGÚN TIPO DE CONTRATO



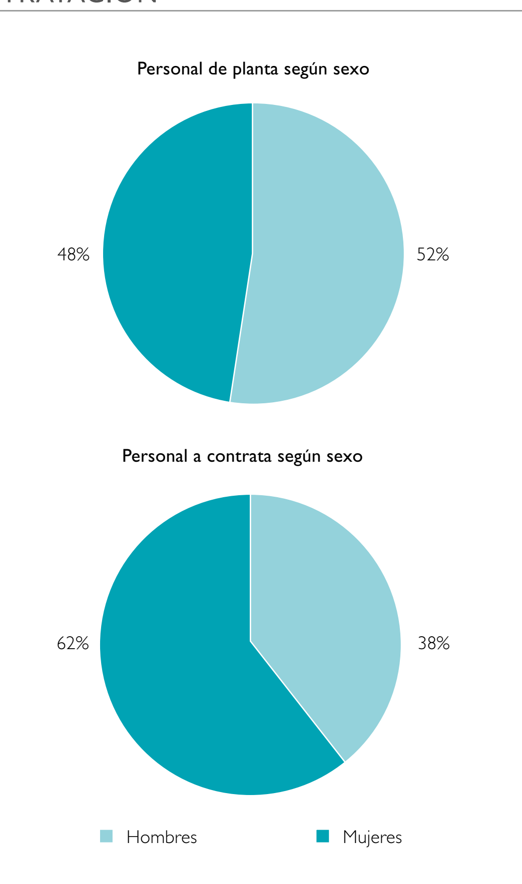
Fuente: Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda, al 15 de septiembre de 2015.

Los datos anteriores son preocupantes en tanto el mecanismo para asegurar la igualdad en el acceso a los cargos públicos es el concurso público. Ello da cuenta de la falta de garantías efectivas para asegurar la transparencia y el respeto al principio de igualdad y no discriminación en las contrataciones, con su correlativo impacto en la calidad de las condiciones de la contratación.

Asimismo, la situación del personal contratado a honorarios también es preocupante. Si bien las cifras antes mencionadas no permiten determinar cuántas personas contratadas a honorarios se desempeñan en funciones permanentes en la administración, el Protocolo acordado entre la ANEF y el gobierno indica que serían al menos 8.800 funcionarios. El INDH entrevistó a Raúl de la Puente, Presidente Nacional de la ANEF, quien indicó que a juicio de dicha organización la cifra real del personal a honorarios que desempeña funciones permanentes sería cercana a los 15.000[37]. El INDH ya ha llamado la atención respecto de la problemática que esta situación conlleva en términos de las precarias condiciones laborales en que estas personas se encuentran –ello se extiende también al ámbito previsional y de la protección de la salud–.

En cuanto a las divisiones de género, los datos preliminares indican que cerca del 58% (136.344) del personal de la dotación de la administración son mujeres y 42% (100.024) son hombres. Sin embargo, al examinar la distribución según sexo específicamente en los cargos directivos, autoridades de gobierno y jefaturas de servicio, dicha proporción se invierte: 60% de estos cargos son ocupados por hombres, mientras que 40% son ocupados por mujeres. Del total de puestos de planta, 48% (39.199) son hombres, mientras que 52% (42.445) son mujeres. Por su parte, en la categoría a contrata, las funcionarias mujeres alcanzan 92.722, (62%), mientras que existen 57.889 hombres (38%).

CUADRO 2.
PERSONAL DE DOTACIÓN EN EL GOBIERNO CENTRAL SEGÚN SEXO Y MODALIDAD DE CONTRATACIÓN



Fuente: Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda, al 15 de septiembre de 2015

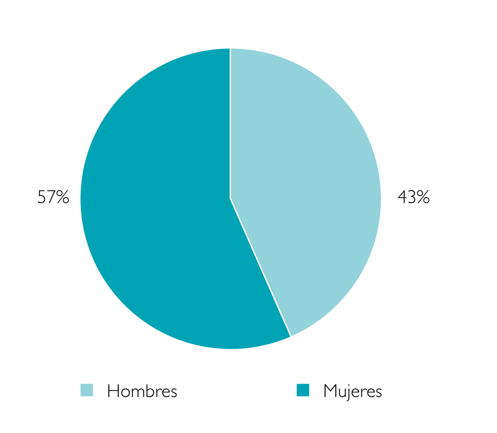
Los datos anteriores resultan preocupantes en varios sentidos. Por una parte, esta información indica que las mujeres tienen una menor participación que los hombres en los cargos directivos, entre autoridades de gobierno y jefaturas de

37 Entrevista con Raúl de la Puente, Presidente de la ANEF, realizada por el INDH el 16 de septiembre de 2015.

servicio[38]. Por otra, en la modalidad a contrata ellas constituyen un porcentaje mayoritario de contratadas en comparación con los hombres. De ocurrir que este tipo de contratación encubra, en la práctica, la realización de tareas propias de otro tipo de contrato, esto vulneraría de manera desproporcionada los derechos laborales de las mujeres contratadas bajo dicha modalidad.

Lo mismo ocurriría en la modalidad de contrato de honorarios, donde los datos preliminares indican que existen 23.286 mujeres en esta categoría, cerca de un 57%, y 17.813 hombres en la misma modalidad, cerca del 43%.

CUADRO 3.
PERSONAL CONTRATADO A HONORARIOS POR EL GOBIERNO CENTRAL SEGÚN SEXO



Fuente: Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda, al 15 de septiembre de 2015.

El modelo de empleo público establecido en nuestra legislación buscó garantizar el acceso igualitario, así como también asegurar el respeto a los derechos laborales, previsionales y de salud de los funcionarios. En este modelo, el grueso de los funcionarios estatales sería contratado como personal de planta. Sin embargo, las prácticas contractuales de la administración, las que han limitado la contratación de cargos de planta y potenciado el uso de cargos a contrata y honorarios, han burlado el modelo de empleo que el mismo Estado se comprometió a implementar.

Lo anterior queda en evidencia al examinar las estadísticas preliminares de recursos humanos publicadas por la DIPRES –según estos datos, en los últimos 10 años el empleo en el sector público ha aumentado–. Sin embargo, ese aumento se ha concentrado de manera casi exclusiva en cargos a contrata y honorarios. Más aún, el personal de planta ha disminuido en más de 10.000 personas: según los datos preliminares obtenidos por el INDH, en 2015 existen 81.644 funcionarios de planta, mientras que en 2005 existían 90.316[39].

La situación actual del empleo público en Chile requiere revisar de manera realista los requisitos para el buen funcionamiento del Estado. Ello supone analizar qué capacidad debe tener, qué mecanismos de acceso a la función pública se han de emplear y qué modalidades de contratación se aplicarán al personal. Las prácticas contractuales de la administración si bien han aumentado la cantidad de funcionarios, lo han hecho a costa de emplear modalidades que no necesariamente responden a las necesidades reales de funcionamiento del Estado. Esta discordancia entre el empleo público previsto en la ley y la realidad del mismo requiere una revisión urgente. Ello es así, en tanto el Estado ha adquirido varios compromisos internacionales en cuanto a garantizar el acceso a la función pública en condiciones de igualdad. La actual situación de desprotección en la que se encuentran buena parte de los funcionarios y funcionarias podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

38 Nota al margen amerita la situación de las funcionarias del Estado que, al quedar embarazadas y obtener remuneraciones mayores a cerca de 66 Unidades de Fomento, ven recortado su salario durante su descanso parental, en virtud de la Ley 20.545. Si bien antes de la entrada en vigencia de dicha ley, las funcionarias gozaban de la totalidad de su sueldo durante su descanso parental, esta norma impuso un límite a la remuneración que puede ser percibida durante el ejercicio de dicho descanso.
Esta situación ya fue comunicada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Véase: "Informe sobre el 154 Período de Sesiones de la CIDH" en http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/037A.asp

39 DIPRES, Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2004-2013, noviembre de 2014, pág. 39.

RELACIONES DE ESPECIAL SUJECIÓN Y DERECHOS HUMANOS[40]

Los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad se rigen por un extenso cuerpo normativo –no aplicable a otros funcionarios del Estado– que regula de forma diferenciada varios aspectos de su labor. Dicha normativa regula y restringe sus derechos fundamentales en áreas tan relevantes como el debido proceso, la protección de la familia, la libertad de asociación y el ejercicio de los derechos políticos. Estas restricciones se justifican en las particulares exigencias que las funciones militares y de seguridad imponen a sus integrantes. La doctrina administrativa ha descrito estas relaciones entre el Estado y estos/as funcionarios/as como una relación de especial sujeción.

LAS RELACIONES DE ESPECIAL SUJECIÓN Y EL DIDH

Quienes deciden voluntariamente formar parte de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad renuncian a gozar del mismo nivel de protección de aquellas garantías fundamentales cuyo ejercicio pudiera resultar incompatible con el ejercicio de una función pública[41]. Así, las limitaciones a las garantías fundamentales de funcionarios/as del Estado se justificarían en razón del tipo de relación entre funcionario/a y el Estado, en donde el Estado se manifiesta mediante el actuar del funcionario público. Según Gil y García, dichas relaciones "se basan en un debilitamiento o menoscabo de los derechos de algunos ciudadanos, que fungen como agentes de la Administración del Estado, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía; lo anterior, como consecuencia de una vinculación cualificada con los poderes públicos emanada de un mandato constitucional, pero especialmente como condición y exigencia del funcionamiento normal del servicio inherente a la Administración Pública" (2009, pág.178).

Si bien el derecho internacional de los derechos humanos no emplea el término relaciones de especial sujeción, ello no significa que dicho cuerpo normativo desconozca la necesidad de ciertas restricciones a las garantías fundamentes de quienes se desempeñan al servicio del Estado. Así, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana permiten al Estado llevar a cabo restricciones al ejercicio de los derechos humanos en términos generales. En particular, dichos instrumentos también facultan al Estado a restringir ciertos derechos, especialmente a quienes desempeñan funciones públicas. Concerniente a este último punto, el ejemplo paradigmático es la limitación al derecho a la libertad de asociación. Así, la CADH reconoce dicha garantía en su artículo 16, pero dispone en que "lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía" (art. 16.3). En este mismo sentido, el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, que fija normas relativas a la sindicación del personal de la administración, permite la restricción de dicha facultad, al establecer en su artículo 1.3 que "La legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía".

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho internacional de los derechos humanos impone varias estrictas exigencias aplicables a toda restricción de los derechos fundamentales. A continuación examinaremos los mecanismos que dispone dicho cuerpo normativo para restringir legítimamente los derechos humanos.

LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS BAJO EL DIDH

Si bien existen ciertos derechos que no admiten restricciones –como la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura–, la mayoría de los derechos pueden ser legítimamente limitados en su ejercicio[42].

40 Esta es la primera vez que el INDH analiza las relaciones de especial sujeción, y ha estimado necesario comenzar analizando la situación de los funcionarios/as de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad en virtud de la necesidad de relevar la situación de derechos humanos de estos/as funcionarios/as, en los que existe menor cantidad de diagnósticos disponibles a la fecha.

41 Von Campenhausen, A. F. (2004). German Headscarf Debate, The. BYU L. Rev., pág. 683.

42 Cecilia Medina y Claudio Nash, Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011, pág. 15.

Las condiciones generales para la restricción de las garantías fundamentales se encuentran establecidas en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el que dispone que "las restricciones permitidas […] al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas"[43].

En función a dicho artículo, la Corte IDH ha establecido que al momento de evaluar si una restricción cumple con los requisitos establecidos por la CADH se deben evaluar los siguientes elementos: 1) que la medida de restricción sea adoptada por medio de una ley; 2) que esta persiga un fin legítimo bajo la CADH y que la medida sea idónea para alcanzar dicho fin; 3) que la restricción de derechos sea necesaria; y 4) que la restricción sea proporcional[44]. Ello constituye el *test* de ponderación con que se evaluará si una restricción a un derecho fundamental es legítima o no[45].

En cuanto al primer requisito, la Corte IDH expresó que la "palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes"[46]. Según lo anterior, la Corte regional exige que las restricciones a las garantías fundamentales sean establecidas por normativa de rango legal generada por los procedimientos democráticos correspondientes.

En cuanto a la necesidad de un objetivo legítimo la CADH establece algunos requisitos aplicables a ciertos derechos en particular y otras categorías de carácter general[47]. De acuerdo con la doctrina, estas categorías generales incluyen "generalmente, […] el interés de la seguridad nacional, la seguridad u orden público, o la protección de la salud o la moral públicas o de los derechos y libertades de los otros"[48]. Así, cuando el Estado busque establecer una restricción tendrá que justificar específicamente cómo la medida efectivamente persigue la consecución de uno de estos objetivos.

Adicionalmente, las medidas de restricción deberán ser idóneas para alcanzar el fin perseguido. Acerca de este punto, la Corte IDH ha establecido, por ejemplo, que la tipificación penal del delito de injuria puede ser considerada conducente para la protección de la honra, puesto que "sirve el fin de salvaguardar, por medio de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo"[49].

En cuanto al requisito de necesidad, la Corte IDH ha dicho que supone "examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquellas"[50]. Lo anterior supone examinar si la medida de restricción escogida es la menos lesiva entre otras opciones igualmente conducentes al fin propuesto.

43 Convención Americana de Derecho Humanos, artículo 30.

44 La Corte IDH articuló el *test* de restricciones o *test* de ponderación en términos prácticamente idénticos en el caso Kimel v. Argentina, refiriéndose a las restricciones al derecho a la libertad de expresión destinadas a proteger el derecho a la honra de terceros por vía de la tipificación penal del delito de injurias. En dicho caso la Corte estableció que: "Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de este a manifestar su opinión." Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 58.

45 El *test* de ponderación articulado por la Corte IDH coincide en gran medida con aquel desarrollado por la doctrina constitucional. Véase: Carlos Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).

46 Corte IDH. La Expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 38.

47 Cecilia Medina y Claudio Nash, Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011, pág. 16.

48 Ibídem.

49 Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 71.

50 Ibídem, párr. 74.

Por último, la proporcionalidad de la medida supone la realización de un juicio de ponderación en la que se examinan los costos y beneficios de la medida de restricción[51]. Según la Corte IDH, "en este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación"[52].

Por su parte, a nivel nacional, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la relación de especial sujeción que vincula a estos funcionarios con el Estado legitima la existencia de regímenes particulares y diferentes al resto de la administración.

Así, en la sentencia recaída en el Rol 2029-2011, el Tribunal Constitucional sostuvo que "los integrantes de las Fuerzas Armadas son personas que ejerciendo sus derechos adscriben libremente a una profesión y función pública. En cuanto personas, tienen todos y cada uno de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza. [...] - A partir de su decisión individual y de su aceptación institucional expresada en la incorporación a sus escuelas matrices y a sus plantas profesionales [...], ingresan a una profesión militar dotada de características únicas en la Administración del Estado de Chile. Ingresan a cuerpos armados esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados. Todos estos atributos contribuyen al capital institucional de las Fuerzas Armadas de Chile y su cumplimiento es un ejercicio sistemático de configuración de un *ethos* militar al que contribuye cada uno de los integrantes de las Fuerzas Armadas. Estos atributos confieren además especiales características a la profesión militar"[53]. A raíz de esto, el Tribunal concluye que las garantías fundamentales de los funcionarios militares son susceptibles de restricción: "Los derechos de los militares no siempre tienen el mismo alcance y eficacia que el de otros, siempre que expresamente el constituyente y el legislador hayan previsto diferencias legítimas, objetivas y justificables"[54]. En definitiva, a juicio del Tribunal "la naturaleza de la profesión militar y la condición de sujeción especial a un estatuto reforzado de deberes" redunda en que algunos derechos de sus integrantes pueden ser legítimamente modulados[55].

51 En este sentido, véase: Bascuñán, Antonio. Comentario de la Jurisprudencia del año 2003 Corte Suprema y Tribunal Constitucional. En: Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Número I, 2004, pág. 323.

52 Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, par. 83.

53 Tribunal Constitucional, Rol 2029-2011, considerando sexto.

LA SITUACIÓN ACTUAL

LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN DEL PERSONAL DE LAS FF.AA. Y DE ORDEN Y SEGURIDAD

El artículo 13, inciso 3, de la CADH faculta al Estado a restringir de manera completa el derecho a la libertad de asociación del personal militar y de orden:

"1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía."[56]

Como ya se mencionó, el Convenio 151 también faculta al Estado a restringir de manera amplia la aplicabilidad de las disposiciones contenidas en dicho instrumento, las que guardan relación con –entre otros– el derecho a sindicación[57].

Esta amplia limitación al derecho de asociación se ha hecho efectiva en la legislación chilena, la que limita dicha garantía en diversos ámbitos. Así, en cuanto a la participación en

54 Tribunal Constitucional, Rol 2029-2011, considerando sexto.

55 Ibídem, considerando séptimo.

56 Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 16.

57 Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (número 151).

asociaciones de carácter político, la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos dispone que "no podrán afiliarse a partido político alguno el personal de las Fuerzas Armadas y el de las de Orden y Seguridad Pública […]"[58]. Por su parte, tanto la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas como la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros reiteran dicha prohibición y la extienden también a "organismos sindicales, ni a instituciones, organizaciones o agrupaciones"[59] cuyos principios sean incompatibles con el carácter obediente, no deliberante, profesional, jerarquizado y disciplinado.

La excepción a dichas restricciones en el plano sindical es Gendarmería de Chile, en cuyo caso el personal se encuentra facultado a crear y participar de asociaciones de funcionarios. Lo anterior en tanto el Decreto Ley 2.859 del Ministerio de Justicia establece que al personal de Gendarmería le es aplicable la Ley 19.296, que establece normas respecto de asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado[60].

En definitiva, si bien la regulación legal ha adoptado una amplia gama de restricciones en cuanto al derecho de asociación del personal de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, dichas limitaciones son permitidas bajo la Convención Americana.

DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Los integrantes de las FF.AA. y de Orden y Seguridad sufren importantes restricciones a esta garantía, en particular en lo que respecta a su derecho a contraer matrimonio.

En el caso de las FF.AA., el personal debe solicitar una autorización antes de contraer matrimonio. En el Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas se señala que las disposiciones reglamentarias deberán definir los mecanismos para reconsiderar la denegación de la autorización a contraer matrimonio (art. 258, Decreto con Fuerza de Ley 1, de 1997, del Ministerio de Defensa).

Entre los requisitos contemplados por el Reglamento Complementario del Estatuto del Personal, se incluyen:

"a.- Tener 21 años, como mínimo, y contar con la autorización del Comandante de su Unidad o Jefe de Repartición, o por la autoridad militar de quien dependa, cuando se halle en el extranjero. Estas autoridades podrán requerir los antecedentes que estimen necesarios antes de resolver sobre la petición" (art. 469°, Decreto 204, de 1969, del Ministerio de Defensa).

Dicha disposición se presenta como una restricción ilegítima al derecho a la protección a la familia. En efecto, la CADH establece que toda persona puede contraer matrimonio "si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención" (art. 17.2).

En el caso de Carabineros de Chile, hasta mayo de 2015 la normativa también disponía que el personal solicitara permiso para contraer matrimonio. No obstante, la Circular N° 1779, de mayo de 2015, de la Subdirección e Inspectoría General, de la Dirección Nacional de Personal, impartió nuevas instrucciones y dejó sin efecto medidas existentes hasta esa fecha.

Así, respecto de la modificación del estado civil, el punto 1 de la Circular indica que "(…) es obligación de todo el personal comunicar a su jefatura la modificación del mismo, sea por matrimonio, divorcio o viudez". Respecto de la solicitud para el uso del permiso especial por matrimonio, el punto 2 indica "El funcionario que vaya a contraer matrimonio deberá informar esta circunstancia por escrito y a través del conducto regular, al Jefe de la Alta Repartición, Repartición o Unidad a cuya dotación pertenezca, para lo cual presentará la información requerida conforme al formulario que se adjunta en el Anexo N° 1, con una antelación no menor a 30 días hábiles de la fecha del matrimonio, civil o religioso, según sea el caso, indicando las fechas indicadas en que desea hacer uso de esta franquicia"[61]. Según

58 Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, Ley 18.603, artículo 18.

59 Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, Ley 18.948, artículo 2. Véase también Ley Orgánica Constitucional de Carabineros, Ley 18.961, artículo 2.

60 Decreto Ley 2.859 del Ministerio de Justicia, Fija Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

61 El Anexo Nº 1 solicita la siguiente información referida a ambos solicitantes interesados en contraer matrimonio: nombre completo, domicilio, RUT, profesión u oficio, edad y teléfonos, fecha de celebración del matrimonio y fecha que comprende el permiso por matrimonio. En el caso de que la pareja también sea funcionario/a de Carabineros, se solicita grado y dotación. De forma voluntaria se puede consignar el nr. de hijos en común, o en total, sus nombres y edades.

este documento, la infracción de las disposiciones referidas a la entrega de la información implica incurrir en las faltas establecidas en el artículo 22, N° 2, letra a) y N° 3, letras d) y g), ambas del Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile N° 11[62]. El Reglamento, si bien enumera las sanciones posibles ante las faltas disciplinarias en términos generales, no indica específicamente qué sanción corresponderá a cada tipo de falta.

La circular fundamenta estos requisitos en la necesidad de permitir "la debida y necesaria planificación de los servicios policiales y administrativos, como también, la concesión y otorgamiento de los derechos y beneficios que legal y reglamentariamente pudieren corresponder al personal de estado civil casado" (página 3). En el caso de matrimonios entre funcionarios, se indica como objetivo "tomar las medidas pertinentes orientadas a que ellos no presten sus servicios bajo la cadena de mando del otro, evitando así conflictos de intereses y afectar la debida probidad que se exige a todo funcionario público" (página 3).

Por último, en el caso de la Policía de Investigaciones de Chile, el personal debe presentar al Director General, con 30 días de anticipación, la manifestación escrita de intención de contraer matrimonio (Orden General N° 866, Reglamento de normas de procedimiento título XI, capítulo I, art.1). Asimismo, los contrayentes deben acompañar varios documentos y exámenes médicos. Entre los exámenes médicos destaca el requisito de presentar un examen de sangre para detectar enfermedades de transmisión sexual y otras (VDRL, Hepatitis B, VIH, rubeola), además de un certificado médico, señalando que no padece enfermedades infecto-contagiosas, incurables o alergias importantes (en caso de la pareja) y un certificado médico que acredite salud compatible con el matrimonio (en caso del funcionario/a) (Orden General N° 866, título XI, cap. I, art. 2).

En cuanto a los documentos a presentar, se solicita que el jefe de la unidad o repartición deberá confeccionar un informe acerca de la situación económica y moral del funcionario/a y su pareja (Orden General N° 866, título XI, capítulo I, art. 3). Asimismo se solicita un certificado de honorabilidad, del que se encuentran eximidos aquellos integrantes de otra repartición del Ministerio de Defensa Nacional y los hijos de los oficiales en servicio activo.

Las normas descritas no solo imponen una grave restricción al derecho a la protección de la familia, sino que también infringen el derecho a la privacidad. Lo anterior en tanto los/as funcionarios/as como sus cónyuges deben presentar una gran cantidad de información de carácter privada a la autoridad que decidirá de su solicitud de contraer matrimonio. Además de ello, dicha normativa impone varias diferencias de trato entre hombres y mujeres que carecen de justificación, como el procedimiento diferenciado para solicitudes de matrimonio en caso de personal femenino de contrata en Carabineros.

Dicha normativa requiere una urgente revisión para compatibilizarla con estándares internacionales. En este sentido, es importante considerar que pueden existir medidas menos lesivas para garantizar los objetivos buscados con estas normas, así se podría solicitar a los funcionarios/as informar de su intención de contraer matrimonio.

DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ACCESO A LAS FF.AA. Y DE ORDEN Y SEGURIDAD

En cuanto a los requisitos de acceso a las FF.AA. y de Orden y Seguridad, existen diversos requisitos que guardan relación con la edad, el estado civil de los postulantes e incluso con la "honorabilidad" de la persona. Esta normativa contiene algunas disposiciones abiertamente discriminatorias; esto es, que establecen distinciones carentes de objetividad y razonabilidad. Asimismo, dichas distinciones tampoco cumplen con el requisito de legalidad establecido por el artículo 19 número 17, que establece el derecho a acceder al empleo público sin más requisitos que aquellos impuestos por la misma Constitución y la ley.

62 En dicho Reglamento, el artículo 22, Nº 2, letra a) se lee: "2) Contra la subordinación y el compañerismo. Corresponden a esta clasificación todos los actos que impliquen el desconocimiento o quebrantamiento de las normas que reglan el sistema jerárquico y disciplinario, o que vulneren los principios de consideración y respeto para con los miembros de la Institución, y en especial: a) El incumplimiento que no alcance a constituir delito, de las órdenes de los superiores relativas al servicio, o el cumplirlas en forma negligente, tergiversándolas o con tardanza perjudicial". Por su parte, el Nº 3 alude a: "3) Contra el buen servicio. d) La omisión de dar cuenta de los hechos que, por razones funcionarias, corresponda a los subalternos informar a los superiores, o hacerlo con retraso perjudicial o falta de veracidad" y "g) Declarar ante cualquier funcionario superior o autoridad, hechos falsos u ocultar detalles intencionadamente para desorientar la realidad de los hechos".

Así, por ejemplo, en el caso de las Fuerzas Armadas, los criterios para el ingreso detallados en el Reglamento Complementario del D.F.L. 1, de 1968, incluyen la exigencia de estado civil de soltero/a para algunos escalafones (artículo 70º, letra b; art. 84º letra f) y cumplir con la Ley de Registro Electoral (art. 70º, letra e; art. 71º, letra f). Si bien estos requisitos son comunes a hombres y mujeres (art. 86º letra c), a estas últimas se les exige un requisito que no figura para los hombres: "Tener buenos antecedentes de honorabilidad" (art. 86º letra f).

Para acceder a la Armada también existe el requisito de ser menor de 30 años (art. 90º letra c, Decreto 204) y ser soltero (letra f). En el caso de las mujeres, se explicita que deben tener más de 18 años y menos de 30 (artículo 93º letra a, Decreto 204), ser solteras (letras c) y también "Tener buenos antecedentes de honorabilidad" (letra f). En la Fuerza Aérea los requisitos son similares a los expuestos. Incluyendo el requisito de tener menos de 30 años y ser soltero, y los antecedentes de honorabilidad exigibles solo a las mujeres.

Es importante destacar que en Carabineros de Chile los requisitos de acceso contenidos en el Reglamento de Selección y Ascensos de Personal de Carabineros (Reglamento Nro. 8) también incluyen justificar la honorabilidad del postulante. Sin embargo, en este caso los requisitos son comunes a hombres y mujeres.

Como se señaló, toda distinción de trato realizada por la autoridad debe ser siempre objetiva y razonable, a riesgo de devenir en una conducta discriminatoria. En el caso de los requisitos de ingreso a las Fuerzas Armadas, las distinciones en el trato basadas en el género de los y las postulantes no cumplen con dichos objetivos. Desde esta perspectiva dicha normativa constituye una infracción al derecho a la igualdad que no puede ser justificada en función de las relaciones de especial sujeción. Las distinciones establecidas por medio de la ley también son contrarias al artículo 19 número 17 de la Constitución, en tanto fijan restricciones adicionales para el acceso al empleo público más allá de aquellas admitidas por la ley y la Constitución.

DEBIDO PROCESO Y EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CALIFICACIÓN

Los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad en Chile se encuentran sometidos a un régimen administrativo de calificación diferente al aplicable a los funcionarios civiles del Estado. Así, los procedimientos para la calificación de los funcionarios según su desempeño y su idoneidad para desempeñar los cargos se rigen por los diferentes estatutos de personal de las FF.AA. y de Orden y Seguridad.

Algunas de estas disposiciones han sido cuestionadas en los últimos años frente al Tribunal Constitucional, y este ha concluido que algunas de estas disposiciones presentan deficiencias desde la perspectiva del debido proceso, siendo incompatibles con la Constitución.

Específicamente en lo que respecta al derecho al debido proceso, el Tribunal reconoció que este puede ser legítimamente restringido respecto de los funcionarios de las FF.AA. y de Orden y Seguridad[63]. Lo anterior, ya que la Constitución establece que, en cuanto al derecho a defensa, "tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública […] se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos"[64].

En la sentencia recaída en el Rol 2029-2011, el Tribunal determinó que ciertas disposiciones relativas a la calificación del personal de las fuerzas armadas eran violatorias del debido proceso en tanto no cumplían con los mencionados requisitos. En particular, dicha sentencia examinó la constitucionalidad del artículo 237 del Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas, que otorga competencia a las Comisiones de Sanidad de cada rama de las Fuerzas Armadas para determinar si algún miembro de la institución sufre una enfermedad invalidante, y si esta es de carácter permanente e impide al afectado continuar desempeñando sus funciones.

Ahora bien, el personal calificado por las Comisiones de Sanidad no cuenta con la posibilidad de presentar pruebas en lo relativo a dicha calificación ni tampoco puede

63 Tribunal Constitucional, Rol 2029-2011, considerando trigésimo segundo.

64 Constitución Política de la República, artículo 19 nro. 3.

deducir recurso administrativo alguno frente dicha resolución, sino que tan solo pueden recurrir a la vía jurisdiccional para impugnarla. El Tribunal estimó que ambas particularidades de este sistema de calificación no constituían una restricción legítima al derecho al debido proceso y, por tanto, el artículo 237 era inconstitucional.

Concerniente a la imposibilidad de presentar pruebas para desvirtuar una calificación de invalidez permanente, el Tribunal consideró que ello no constituye una restricción legítima del derecho a defensa de los funcionarios militares. En particular, el Tribunal consideró que la resolución que declaraba la incapacidad permanente de una funcionaria por una enfermedad psicológica tenía serias consecuencias posteriores, en tanto podía impedirle su adecuada reinserción laboral a futuro. Frente a ello, la imposibilidad de presentar pruebas que permitieran desvirtuar dicha calificación excedía los objetivos legítimos de la restricción del debido proceso[65].

En lo que respecta a la impugnación de dichas calificaciones el Tribunal consideró que no todos los actos administrativos deben ser necesariamente impugnables por vía administrativa, por lo que reservar solamente la vía jurisdiccional podía, *prima facie*, ser una restricción legítima del debido proceso. Sin embargo, el Tribunal consideró que ello no es así en el caso de los funcionarios militares, en razón del impacto que conlleva para dicho personal recurrir a la vía judicial frente a un acto de un superior jerárquico.

El Tribunal estimó que recurrir a la vía judicial "constituye una severa falta a la disciplina consustancial al *ethos* militar. Sea porque constituye una forma de alterar el 'conducto regular' o por ser el más grave cargo que pesa sobre un oficial en cuanto a no cumplir con las 'leyes, reglamentos y órdenes superiores' [...] la perspectiva de judicializar un asunto que le afecta en cuanto oficial en servicio activo puede llegar a tener el mismo efecto que se desea evitar mediante un debido proceso: dar de baja al oficial"[66]. El Tribunal concluyó que "la probable perfección de procedimientos judiciales en nada garantiza que se respete [...] el derecho a impugnar en sede administrativa o judicial, vulnerándose el artículo 19 N° 3° de la Constitución"[67].

En otras palabras, el Tribunal estimó que no proveer vías de impugnación administrativas, sino solo jurisdiccionales frente a un acto de un superior, es insuficiente para garantizar el derecho al debido proceso de los funcionarios militares.

Si bien lo anterior representa un avance en reconocer las falencias de la legislación que regula los derechos de los funcionarios militares y de orden y seguridad, el Tribunal Constitucional no ha mantenido un criterio uniforme acerca de la materia.

Así, en una reciente sentencia en que se impugnaba la constitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros –que regula las juntas de calificación y apelación, que evalúan el desempeño profesional del personal– el voto de mayoría no adoptó el mismo criterio. En el caso en cuestión una junta de calificación había evaluado a un funcionario de Carabineros en lista Nro. 3, tras apelar de esta decisión, la junta de apelación rebajó dicha calificación a lista Nro. 4, lo que implica la baja del funcionario. La mayoría estimó que en tanto el funcionario podía interponer un recurso de protección, su derecho a impugnar en sede jurisdiccional se encontraba a salvo.

Sin perjuicio de lo anterior, el voto disidente de los ministros Carmona y García examinó esta normativa en más detalle, concluyendo que el régimen de impugnación administrativa de las resoluciones de las juntas de calificación de Carabineros era inconstitucional. El razonamiento de la minoría se fundó en que este régimen permitía a las juntas de apelación modificar las decisiones adoptadas por las juntas de calificación, rebajando aún más las mismas, lo que se conoce como reforma peyorativa o *reformatio in peius*. Así, cuando el funcionario apeló de la decisión que lo calificó en lista Nro. 3, la junta de apelación rebajó aún más dicha calificación, incluyéndolo en lista Nro. 4 de eliminación. Es importante destacar que la reforma peyorativa no puede ser aplicada en el caso de los demás funcionarios de la administración del Estado regidos por el Estatuto Administrativo.

65 Tribunal Constitucional, Rol 2029-2011, considerandos trigésimo tercero y trigésimo cuarto.

66 Ibídem, considerandos trigésimo tercero y trigésimo sexto.

67 Tribunal Constitucional, Rol 2029-2011, considerandos trigésimo tercero y trigésimo sexto.

El voto en cuestión sostuvo que al aplicar la reforma peyorativa, "lo que está haciendo no es solo desvirtuar la argumentación del recurrente, cuestión plenamente válida para lo cual le basta rechazar el recurso. Sin embargo, para calificar aún de peor manera extiende su planteamiento a cuestiones no debatidas, generando indefensión. Y esta indefensión es la que afecta el derecho a defensa jurídica, puesto que se ve impedido de poder sostener nuevos criterios al respecto. La verificación en este caso de una reforma peyorativa pugna con el derecho a la defensa como presupuesto del debido proceso"[68]. El voto concluyó que lo anterior constituía una violación al debido proceso y al derecho a la igualdad[69].

Más aún, los ministros disidentes sostuvieron que, debido al carácter jerárquico de Carabineros, donde los "ejemplos tienen valor simbólico. El poder empeorar es una daga que recae sobre todos los que piensan recurrir, pudiendo generar una inhibición recursiva de más amplias consecuencias"[70]. En otras palabras, los ministros reconocieron que por las particulares características de esta institución, reconocer la reforma peyorativa podía disuadir a otros funcionarios de recurrir ante sus resoluciones de calificación.

En síntesis, el Tribunal Constitucional aún no posee criterios completamente uniformes respecto de cuáles son límites a las restricciones de las garantías fundamentales del personal de las FF.AA. y de Orden y Seguridad. Sin perjuicio de ello, las sentencias mencionadas arriba dan cuenta de una creciente preocupación por evaluar críticamente las restricciones al derecho al debido proceso en el contexto de los mecanismos de evaluación y calificación del personal.

68 Tribunal Constitucional, Rol 2625-2014, voto disidente, considerando decimonoveno.

69 "Por tanto, la sola constatación de que las Juntas aplicaron reforma peyorativa constituye una vulneración de las reglas del debido proceso, puesto que producen indefensión concreta y, a la vez, esta indefensión constituye una diferencia no justificada de tratamiento en el proceso de calificaciones del personal del Estado, en general." Tribunal Constitucional, Rol 2625-2014, voto disidente, considerando vigésimo primero.

70 Tribunal Constitucional, Rol 2625-2014, voto disidente, considerando decimonoveno.

LA REGULACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONATORIA Y LOS REQUISITOS DE TODA RESTRICCIÓN DE DERECHOS

La normativa nacional reconoce que las FF.AA. y de Orden y Seguridad están sometidas a un régimen de responsabilidad disciplinario y administrativo que deriva de las particulares exigencias que imponen sus funciones militares y policiales. Así por ejemplo, el artículo 1 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas establece, en su inciso tercero, que: "Derivado de las particulares exigencias que impone la función militar y la carrera profesional, los organismos y el personal que la desarrollan, [...] se ajustarán a normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que se establecen en esta ley y en la legislación respectiva"[71]. Es vital mencionar que en esta materia la Constitución ha establecido en su artículo 19 número 3 que en cuanto al derecho a defensa jurídica "Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos".

Tanto la normativa orgánica constitucional que regula a Carabineros de Chile como la que regula a la Policía de Investigaciones de Chile dispone la creación de regímenes disciplinarios para sus funcionarios. Asimismo, dicha normativa dispone también que la ley y los correspondientes reglamentos han de regular los procedimientos y las sanciones que pueden ser aplicadas a dicho personal.

Sin embargo, los diferentes estatutos de personal –normativa de rango legal– que debiera regular detalladamente los mecanismos y sanciones que comprende la potestad disciplinaria dentro de cada rama de las Fuerzas Armadas y de Orden, no lo hacen. Por el contrario, dicha regulación quedó enteramente entregada a la normativa de carácter reglamentaria[72]. Lo anterior significa que tanto el diseño de los procedimientos aplicables como las sanciones mismas han sido establecidos por la autoridad administrativa sin ninguna participación del Poder Legislativo.

71 Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, Ley 18.948, artículo 1, inciso 3.

72 Jorge van de Wyngard M., La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros un análisis constitucional, Ars Boni et Aequi, Vol. 6, Nro. 1, 2010, págs. 48 y ss.

Así, en el caso de Carabineros de Chile, es el Reglamento de Disciplina Nro. 11 el que determina los deberes funcionarios, las sanciones aplicables por su infracción, la autoridad a la que cabe la competencia disciplinaria, los recursos y los demás aspectos procedimentales aplicables[73]. Lo mismo sucede con el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas[74], el Reglamento de Disciplina para el Personal de Investigaciones de Chile[75]. En el caso de Gendarmería, el Reglamento de Disciplina para el Personal de Gendarmería de Chile se encuentra regulado por un Decreto con Fuerza de Ley[76]. Esta normativa es de suma importancia en tanto su infracción también puede dar lugar a sanciones penales. Ello, en tanto el Código de Justicia Militar habilita a perseguir penalmente las infracciones a los deberes funcionarios cuando estén revestidos de circunstancias que los hagan calificables de delito[77]. Dichas infracciones pueden ser perseguidas bajo el tipo penal de incumplimiento de deberes militares, previsto y sancionado por le artículo 299 número 3 del Código de Justicia Militar[78].

Es importante destacar que estas disposiciones reglamentarias determinan aspectos centrales del debido proceso, como por ejemplo el régimen de recursos disponibles para impugnar resoluciones de carácter sancionatorio. Asimismo, estos reglamentos establecen las sanciones aplicables a las infracciones disciplinarias. Estas últimas constituyen restricciones al ejercicio de otras garantías fundamentales, como el derecho a la libertad personal. Así, por ejemplo, el Reglamento de Disciplina Nro. 11 de Carabineros establece arresto como una de las sanciones aplicables al personal. Dicha medida consiste en "privar al afectado del derecho a disfrutar de las franquicias de permiso o puerta franca para salir del cuartel o del lugar fijado para el cumplimiento del arresto por el superior que lo aplicó"[79].

En definitiva, dichas disposiciones reglamentarias regulan y restringen el ejercicio de varias garantías fundamentales. Por ello, necesariamente deben ser reguladas por medio de disposiciones de carácter legal, como lo exigen la Convención Americana y la misma Constitución Política de la República[80]. Al respecto, parte de la doctrina ha expresado que los estatutos de personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros "representan en este sentido uno de los mejores ejemplos de una técnica legislativa deficiente y que desconoce principios constitucionales básicos, lo cual demanda su urgente revisión a fin de adecuarlos a las exigencias internacionales y constitucionales relativas a la regulación de los derechos fundamentales de las personas"[81].

73 Decreto Nro. 900, de 26 de marzo de 2015, del Ministerio del Interior y Segurdiad Pública (Aprueba Reglamento de Disciplina Nro. 11 de Carabineros de Chile).

74 Decreto Nro. 1.445, de 14 de diciembre de 1951, del Ministerio de Defensa Nacional (Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas); y Decreto Supremo Nro. 1.232, de 21 de octubre de 1986, del Ministerio de Defensa Nacional (Reglamento de Disciplina de la Armada).

75 Decreto Nro. 40, de 15 de junio de 1981, del Ministerio de Defensa Nacional (Reglamento de Disciplina del Personal de Investigaciones de Chile).

76 D.F.L. Nro. 253, de 21 de marzo de 1983, del Ministerio de Justicia.

77 El artículo 433 del Código de Justicia Militar dispone: "Toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431, podrá ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito."

78 El Tribunal Constitucional ya se ha referido a las problemáticas que resultan de la aplicación de dicho tipo penal. Al respecto véase, por ejemplo, las sentencias Rol 559-2006 y 781-2007.

79 Decreto Nro. 900, de 26 de marzo de 2015, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (Aprueba Reglamento de Disciplina Nro. 11 de Carabineros de Chile), artículo 25, numeral 3.

80 Jorge van de Wyngard M., La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros. Un análisis constitucional, Ars Boni et Aequi, Vol. 6, Nro. 1, 2010, pág. 33.

81 Ibídem, pág. 49.



2

DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA



Fotografía: Paula Olivares. "Geografía visual de la niñez en Chile. Territorio, diversidad e identidad". Corporación Opción.



DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

2

ANTECEDENTES

El 22 de octubre de 2015 entró en vigencia la ley que crea el Acuerdo de Unión Civil, marcando una inflexión en el tratamiento jurídico de la familia en el país. Desde ahora se reconoce la validez legal –y por tanto la protección del Estado y sus instituciones– de uniones afectivas no constituidas por matrimonio, incluyendo aquellas conformadas por personas del mismo sexo. Otras dos iniciativas que reconocen la protección de las personas tanto en los espacios privados como en los públicos se conocieron durante el presente año: el 15 de junio Chile firmó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores –que está en proceso de ratificación– y el 21 de septiembre fue presentado al Congreso el proyecto de ley sobre sistema de garantías de los derechos de la niñez[1].

En conjunto, estas iniciativas pueden verse como parte de una tendencia de cambio social y jurídico respecto de la concepción de familia plasmada en el Código Civil del siglo XIX, que era la de una unión matrimonial, indisoluble, entre un hombre y una mujer, sometida esta última, al igual que sus hijos e hijas, a la autoridad del padre[2]. Este proceso de cambio en Chile, sobre todo desde fines del siglo XX, reconoce un punto de inflexión destacable, sin ser el único, en la ley que en 1998 eliminó la distinción jurídica entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales. Como resultado de este y otros cambios, ha habido un avance hacia una mayor igualdad de derechos y deberes entre mujeres y hombres en la familia y el reconocimiento de la titularidad de derechos de cada uno de sus integrantes (incluyendo niños, niñas y adolescentes), una ampliación de la protección del Estado a vínculos no originados en matrimonio, y una explicitación de los deberes de garantizar la protección y el respeto a todas las personas en el ámbito de las relaciones familiares, dentro de la convivencia o fuera de ella. Son avances que reconocen el rol central de la familia como institución para la sociedad y para las personas, y que al mismo tiempo, reconocen e intentan desterrar los abusos y omisiones que se pueden cometer en ese ámbito. Esta valoración de los cambios no es compartida por algunos sectores de la sociedad chilena, quienes estiman que algunas de estas medidas tienden a debilitar el papel central de la familia.

Más allá de estas diferencias, entre los resultados de la Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2015 destaca la percepción de que "poder construir una familia" es el derecho humano que se observa como más protegido en Chile[3]. En particular respecto de la maternidad, la Encuesta Nacional Bicentenario, desarrollada por Adimark-GFK y la Pontificia Universidad Católica de Chile en 2009, mostró que "[l]a caída de la fecundidad [de las mujeres] está acompañada, sin embargo, por un deseo de tener más hijos de los que

1 Boletín 10315, Mensaje Nº 950-363 del 21 de septiembre de 2015. Ver también apartado "Institucionalidad democrática" en este mismo informe.

2 Hernán Corral Talciani (2005) sostiene que el Código Civil de Bello, estableció, siguiendo el modelo francés, "(…) una familia fuertemente jerarquizada, basada en el poder del varón, que ostenta sobre la mujer (potestad marital) y sobre los hijos nacidos en matrimonio (donde distinguió la autoridad paterna de la patria potestad)". Sin embargo, sostiene, Bello no siguió al código napoleónico, sino el derecho canónico "(…) al rechazar el divorcio vincular y establecer el matrimonio como un contrato que se celebra por toda la vida de los cónyuges". En "La familia en los 150 años del Código Civil chileno", Revista Chilena de Derecho vol. 32, Nº 3, pp. 429-438.

3 Instituto Nacional de Derechos Humanos, III Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2015, septiembre 2015.

en verdad se logran. Entre las mujeres de 30 o más años, esa cifra se sitúa en alrededor entre 3 y 4 niños. En cambio, entre las más jóvenes, el promedio de hijos que se desean comienza a ubicarse más cerca del 2 (entre el 2,3 y el 2,4)". Entre las razones para decidir no tener más hijos/as, predominan aquellas relacionadas con la dificultad para la inserción laboral femenina y la capacidad para mantener a la familia, lo que se acentúa en los sectores medios y bajos. A esto se suma que "[p]ocos creen que Chile sea una sociedad que apoya a las mujeres para tener hijos", pues la proporción de personas que evalúa con una nota 4 o menos dicho apoyo es de 43%.

Esta baja en la tasa de fecundidad impacta ya y tendrá importantes efectos a futuro en el rápido envejecimiento de la población. Desde la década de 1960 se ha producido un sostenido descenso en las tasas de fecundidad y mortalidad, que ha generado un cambio en la estructura por edad de la población. Según datos de INE, entre 1990 y 2015 la población de 60 años y más aumentó de 9% a 14,9% de la población total y se espera que para el 2050 dicha proporción se duplique, pasando a constituir 29,5% de la población. De esta manera, en solo 35 años se pasará de 2,7 millones de personas de 60 años y más a 6,3 millones. Esta tendencia también se manifiesta en la relación entre personas en edad activa respecto de las mayores, según proyecciones del INE. Así, por ejemplo, mientras en 2010 en Chile había casi 5 personas en edad activa (15 a 59 años) por cada persona de 60 años o más, esta relación bajará a 1,8 en el 2050. A esto se suma el permanente aumento en la esperanza de vida al nacer, que actualmente se encuentra en 81,6 años para las mujeres y 76,5 años para hombres.

Estos datos deben ser tenidos en cuenta, en su conjunto, a la hora de diseñar las políticas públicas que promuevan condiciones para el ejercicio de la maternidad y paternidad, y de tomar las medidas de protección que se estimen pertinentes en ámbitos como salud, familia, trabajo, corresponsabilidad parental, y previsión social, teniendo en consideración las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Por su parte, la tendencia a reconocer la conformación de familias no matrimoniales está presente en varias legislaciones nacionales que han otorgado estatuto jurídico a la convivencia estable por medio de figuras como las uniones civiles (caso de Chile), la que confiere a los contrayentes muchos de los derechos y obligaciones que supone el matrimonio, aunque no los equiparen totalmente. El sistema universal de derechos humanos no ha reconocido explícitamente esta forma de unión como un derecho[4], no obstante, algunas legislaciones nacionales han establecido en los últimos años el reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. Es el caso de Holanda (2001), Bélgica (2003), España y Canadá en 2005, Sudáfrica (2006), Noruega y Suecia (2009), Portugal, Islandia y Argentina durante el 2010, entre otros.

El presente capítulo revisa los estándares internacionales de derechos humanos relativos a la protección de la familia y su cumplimiento en las normas y políticas del país, en el marco de las transformaciones culturales y de concepciones de la institución familiar. Se analiza el concepto de familia, la protección del Estado que existe para la conformación, la vigencia y la ruptura de vínculos familiares, ya sea respecto de una convivencia estable o de relaciones filiales, así como en algunas situaciones de vulnerabilidad para el ejercicio de derechos en el ámbito familiar, que pueden presentarse en los períodos de gestación y postnatal.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Tanto los tratados internacionales generales de derechos humanos como aquellos que regulan materias específicas se manifiestan expresamente en materia de protección de la familia[5] y de sus integrantes. A nivel universal, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

4 Los "Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género", constituyen una propuesta de convención presentada por un grupo de especialistas al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2007, pero no cuenta con sanción oficial.

5 Entre ellos: el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; art. 10; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.23; la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, art. 44, la Convención sobre los Derechos del Niño, art.8.y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.17, todos ellos ratificados por Chile.

(DUDH) establece que "los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio" (párrafo primero), agregando que "solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio" (párrafo segundo) y que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su artículo 23, plantea que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (23.1), agregando que "se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello" (23.2). Junto a lo anterior, el párrafo tercero señala que "el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes", para finalmente plantear que "los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos" (23.4).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece en su artículo 10 que "se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges".

También a nivel universal, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) contiene diversos artículos cuyo eje está en garantizar a niños, niñas y adolescentes la protección de la familia. El artículo 7 mandata que "el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". Por su parte, el artículo 8 señala que "los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas". El artículo 9 agrega que "los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño". El párrafo tercero del mismo artículo plantea que "los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". En directa relación al artículo 9, el artículo 10 plantea que "toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares". En razón de lo anterior, "el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio paí[s]". El artículo 18 de la CDN plantea también que "los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del

niño". Asimismo, la CDN compromete a los Estados a que "adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo" (artículo 19).

Por último, el artículo 20 de la CDN plantea que "los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado". El artículo 37.c, respecto de NNA privados de libertad, establece que estos deben ser tratados "con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales".

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su artículo 16.1 establece que "los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a. El mismo derecho para contraer matrimonio; b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; g. Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso".

Al mismo tiempo, la CEDAW obliga a los Estados a garantizar a la mujer "servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia" (artículo 12.2)[6].

Por su parte, la Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares[7], en su artículo 4 señala que, para efectos de dicha Convención, "el término 'familiares' se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate". Del mismo modo, el artículo 44 plantea que "los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio", para luego agregar en el párrafo segundo que "los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una

6 Este último derecho se reafirma en la Convención de Derechos del Niño (art. 24.a), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.10.2) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (art.15.2. 2), el cual no ha sido ratificado por el Estado de Chile.

7 Ratificada por Chile el 24 de septiembre de 1993,

relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo".

A su vez, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), en su párrafo primero establece que "los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos". Asimismo, su párrafo tercero plantea que "los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán porque se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias". Finalmente, el artículo 23.5 regula que "los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar"[8].

Todas estas convenciones del sistema universal han sido objeto de interpretación por parte de los órganos de tratados. Así, el órgano autorizado para interpretar los derechos reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos planteó en su Observación General 19, a efectos de que los Estados entregaran información, que "el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, este debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23"[9]. En este sentido, el Comité señala que "los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, 'nuclear' y 'extendida', debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros"[10]. Asimismo, "el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares"[11].

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha observado que "en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la

8 El artículo 16 de la misma Convención establece que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género".

9 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, Artículo 23: La familia, 1990, párr. 2.

10 Ibídem.

11 Ibídem, párr. 5.

disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños. Estas tendencias son especialmente importantes para los niños pequeños, cuyo desarrollo físico, personal y psicológico está mejor atendido mediante un pequeño número de relaciones estables y afectuosas. En general, estas relaciones consisten en una combinación de madre, padre, hermanos, abuelos y otros miembros de la familia ampliada, junto con profesionales especializados en la atención y educación del niño. El Comité reconoce que cada una de estas relaciones puede hacer una aportación específica a la realización de los derechos del niño consagrados por la Convención y que diversos modelos familiares pueden ser compatibles con la promoción del bienestar del niño[12].

Los órganos de tratados también han hecho recomendaciones al Estado de Chile en materia de protección a la familia. El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares planteó acerca de Chile que "le preocupa la información recibida sobre los obstáculos a los que se enfrentan, en la práctica, algunos trabajadores migratorios para hacer valer su derecho a la reunificación familiar, y sobre la falta de un marco jurídico que regule la reunificación familiar"[13]. El Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado de Chile "asegurar que las madres y los padres compartan en igualdad sus responsabilidades parentales mediante la promoción activa de la paternidad"[14]. Por su parte, en el último Examen Periódico Universal (EPU) de Chile se recomendó "no cejar en el empeño de proteger y garantizar los derechos de todas las personas, en particular los niños y las mujeres, con miras a lograr que todos los ciudadanos tengan un acceso justo y razonable a la justicia, la educación y la atención de la salud, en el respeto de la importancia y el papel de la familia"[15], como también "preservar y promover la identidad de la familia, reconociendo que su fundamento es la unión libremente consentida de un hombre y una mujer (Santa Sede)"[16].

Por su parte, a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 17 que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado". Así, "se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención" (17.2), agregando que "el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes" (17.3). Además, "los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos" (17.4). Junto a este, el artículo 11.2 de la CADH estabece que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

Además de la CADH, la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer o "Convención De Belém Do Pará"[17], plantea en su artículo 2 que "se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y

12 Comité de los Derechos del niño, Observación general Nº 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005, párr. 19.

13 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales: Chile, 2011, párr. 38.

14 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, 2015, párr. 53.a. A la fecha de publicación del presente Informe Anual solo estaba disponible la versión en inglés del documento, por lo que la traducción al español no es la oficial, sino que es propia del INDH. La cita en inglés señala: "Ensure that mothers and fathers equally share their parental responsibilities by promoting an active fatherhood approach".

15 Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal: Chile, 2014, párr. 121.133.

16 Ibídem, párr. 121.

17 Ratificada por Chile en 1996.

abuso sexual". Finalmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (no ratificado por Chile) señala en su artículo 15.2 que "toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna".

Interpretando estos preceptos internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), respecto del artículo 17 de la CADH, consideró que "el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar"[18]. En el caso Atala Riffo e hijas la Corte IDH planteó que "el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio"[19]. Junto a lo anterior, la Corte IDH "constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo que se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las que en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos"[20]. Asimismo, respecto de un caso sobre fertilización *in vitro*, la Corte IDH planteó que "del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva"[21].

En cuanto a los niños, niñas y adolescentes, la Corte IDH ha señalado que "en principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar"[22], agregando que "en conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal"[23].

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha planteado que "existe en el derecho internacional de los derechos humanos el reconocimiento del derecho del niño a vivir en su familia y a ser cuidado y criado por sus progenitores en el seno de la misma. La responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen, independientemente de la composición y la forma de constitución de esta. A su vez, los progenitores tienen una serie de derechos y responsabilidades en el marco de las relaciones familiares de carácter paterno-filial, que deben ser respetados y garantizados por los Estados" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 19).

Finamente, en un informe específico sobre Chile, la CIDH recomendó al Estado que "el Poder Ejecutivo y el Legislativo deben analizar mediante un escrutinio estricto todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas que establezcan en su texto diferencias de trato basadas en el sexo en la esfera familiar que afecten a las mujeres o que puedan tener un impacto discriminatorio contra las mujere[s]" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, recomendación 1).

18 Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, 24 de febrero de 2011, párr. 125.

19 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párr. 142.

20 Ibídem, párr. 120.

21 Corte IDH, Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica, 28 de Noviembre de 2012, párr. 150.

22 Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02 sobre condición jurídica y derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002, párr. 66.

23 Ibídem, párr. 77.

NORMATIVA NACIONAL

La familia es reconocida en el artículo primero de la Constitución Política de la República como "(…) el núcleo fundamental de la sociedad", estableciendo el deber del Estado de darle protección y de propender a su fortalecimiento. Las protecciones que se especifican para la familia como unidad tienen que ver con el resguardo de su privacidad: en el artículo 19, N° 4 se asegura "(…) el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia" y el N° 5 asegura "(…) La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada".

Las principales normas que regulan esta institución son la Ley 19.947 de Matrimonio Civil y el Código Civil. La concepción jurídica de la familia no es idéntica en ambos cuerpos. La primera establece que "El matrimonio es la base principal de la familia" (art. 1). Por su parte, el Código Civil[24] reconoce, por medio de su regulación, vínculos familiares no originados en el matrimonio. Así, por ejemplo, en los Títulos VII y VIII sobre Filiación (vínculo jurídico entre padre o madre e hijos o hijas) se establece la filiación no matrimonial, las formas de determinarla judicialmente y los derechos y deberes que esta origina; y el Título IX detalla los "derechos y obligaciones entre los padres y los hijos", incluyendo, entre otros, "(…) [e]l cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio" (art. 224).

Las bases de la familia fundada en el matrimonio legal e indisoluble, entre un hombre y una mujer, y que incluía su descendencia común, con subordinación de la mujer y los hijos a la potestad del varón jefe de familia, fueron parte de las normas y costumbres vigentes en Chile desde la Colonia, quedando incorporado a la Ley de Matrimonio Civil de 1884[25]. Esta norma impuso la celebración obligatoria del matrimonio ante el Oficial del Registro Civil, traspasando al Estado la facultad exclusiva –hasta entonces mantenida por la Iglesia Católica– para celebrar el matrimonio y otorgarle efectos civiles[26].

24 DFL1, Fecha Promulgación: 16-MAY-2000.

25 Véase al respecto: Hernán Corral Talciani (2005), La familia en los 150 años del Código Civil chileno* (publicado en Revista Chilena de Derecho vol. 32, N° 3, pp. 429-438).

26 La Ley de Matrimonio Civil, junto a la que crea el Registro Civil, ambas del año 1884, y la Ley de Cementerios Civiles de 1883 son conocidas como las leyes laicas, y constituyen un hito en el proceso de secularización.

La noción jerárquica, unida a la de privacidad inviolable de la familia, tanto en la ley como en la cultura nacional, posibilitó la falta de respuesta del Estado frente a malos tratos y abusos –como la violencia intrafamiliar que no fue objeto de legislación sino hasta el año 1994[27]– y consolidó diferencias en los derechos de los cónyuges, como las referidas a la administración de los bienes del matrimonio[28]. Algunos órganos de seguimiento de tratados han señalado en reiteradas ocasiones que el Código Civil chileno aún establece desigualdades arbitrarias al disponer, en su artículo 135: "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer..."[29]. Cabe recordar que la sociedad conyugal es un régimen de carácter supletorio, es decir, es la modalidad de administración de los bienes matrimoniales que se aplica automáticamente al contraer matrimonio, en caso de no manifestar expresamente los cónyuges la voluntad de optar por uno de los otros dos sistemas opcionales, como son los de separación de bienes y de participación en los gananciales. No obstante, la opción se puede cambiar posteriormente.

27 Según la sección Memoria Históricas de la Cámara de Diputados, las leyes sobre violencia intrafamiliar "pusieron en evidencia un problema que permanecía oculto en la sociedad, como lo demostraba el hecho de que en todo el siglo XX, los tribunales chilenos habían emitido sólo 115 fallos sobre violencia doméstica, en consecuencia de que el delito de lesiones era el tercero en frecuencia en los juzgados del país. Además, el 70 % de las causas por maltrato eran sobreseídas por los tribunales de justicia" .En: https://www.camara.cl/memoria/hito.aspx?prmHITOID=22

28 Al respecto puede señalarse que Chile se ha comprometido, desde el año 2007, a la "derogación de las normas que establecen la discriminación de las mujeres en el régimen de sociedad conyugal". Acuerdo de Solución Amistosa entre el Estado de Chile y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso N° 12.433 Sonia Arce Esparza v. Chile, publicado el 05-03-2007. El acuerdo explicita: "Para poner término a la discriminación legal implícita en el actual régimen de sociedad conyugal en Chile, y que ha motivado el inicio de este caso, el Estado de Chile se compromete a dotar –en forma inmediata– de la urgencia que se estime adecuada a la tramitación legislativa del proyecto de ley que modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales –en los términos de redacción en los que se encuentra–, otorgando a lamujer y al marido iguales derechos y obligaciones" (Boletín N° 1707-18)

29 Entre las más recientes observaciones está la realizada por el Comité de Derechos Humanos al sexto informe periódico de Chile sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su párrafo 12 "lamenta que siga vigente el régimen de "sociedad conyugal (…)", y recomienda que "El Estado parte debe acelerar la aprobación de una ley para abrogar el régimen de "sociedad conyugal". Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile (13 de agosto de 2014). Aprobadas por el Comité en su 111º período de sesiones (7 a 25 de julio de 2014).CCPR/C/CHL/CO/6.

Desde la última década del siglo XX, numerosas reformas legislativas han ido modificando el modelo tradicional de familia, tanto en el sentido de reconocer y proteger vínculos no originados en el matrimonio como de desarrollar el principio de protección al más débil[30] y de nivelación de deberes y derechos entre mujeres y hombres, así como de garantizar el acceso a la justicia para el ejercicio de tales derechos. Entre las iniciativas desarrolladas destaca la conformación de la Comisión Nacional de la Familia, por el entonces presidente Patricio Aylwin, que en su informe (1994) propone cambios políticos y legislativos que debían dar cuenta de la realidad familiar chilena y garantizar su fortalecimiento.

Una de las principales reformas fue la sustitución, en 2004, de la Ley de Matrimonio Civil por la Ley 19.947, que regula el divorcio vincular, eliminando por esta vía la indisolubilidad del vínculo. La norma establece, entre otras medidas, la compensación del menoscabo económico sufrido por aquel de los cónyuges que "como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común (…) no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería (artículo 61)".

Las reformas a las normas de familia han continuado avanzando en la protección respecto de la violencia intrafamiliar: la Ley 19.325 de 1994, fue sustituida en 2005 por la Ley 20.066, y ha sido modificada para incluir expresamente a los adultos mayores (Ley 20.427 de 2010), en tanto la Ley 20.480 estableció la figura del femicidio en el Código Penal (2010). A estas se agregan la Ley 19.585 conocida como "Ley de filiación" (1998), que iguala derechos de todos los hijos e hijas sean o no nacidos dentro de un matrimonio[31], la Ley 19.620 sobre adopción (1999), que reconoce a niños y niñas el "(…) derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia (…)" (art. 1°) y la Ley 20.680 llamada de "tuición compartida" o de "amor de papá", que define la corresponsabilidad de los progenitores respecto del cuidado de los hijos en caso de separación (2013). Otro hito relevante es la Ley 19.668 que creó los Tribunales de Familia (2004), ofreciendo por primera vez una instancia especializada y unificada para reunir las causas que antes se veían en diferentes tribunales[32].

Entre los cambios más recientes en este ámbito se ubica la antes mencionada Ley 20.830, que establece el Acuerdo de Unión Civil, regulando la convivencia de parejas no casadas, del mismo o distinto sexo, en materias como régimen de bienes (art. 15), derechos sucesorios (arts. 16 a 19), compensación económica en caso de disolución del vínculo (art. 27), entre otros. Como señala el mensaje presidencial que dio inicio a la tramitación del proyecto, el propósito de la norma fue otorgar "un marco jurídico que, al menos, reconozca, respete y otorgue certeza jurídica a los derechos de esos aproximadamente dos millones de compatriotas que viven en pareja sin estar casados, regulando los efectos patrimoniales, sociales y sucesorios de su convivencia[33]". De esta manera se han reconocido a las y los convivientes muchos de los derechos que se reconocen a las familias matrimoniales, aun cuando en una jerarquía jurídica menor a la del matrimonio, que se mantiene como "base principal de la familia", según marca el artículo 1° de la Ley del Matrimonio Civil. El AUC, por su parte, no resolvió adecuadamente lo relativo al vínculo con los hijos e hijas, ya que, por ejemplo, en caso de muerte de uno de los convivientes el cuidado personal no se entrega directamente al sobreviviente, que solo tiene una preferencia. La norma tampoco se hizo cargo del delito de parricidio, en tanto no hay una figura agravada en este caso.

Por su parte, la protección a la mujer embarazada, además de vincularse con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, se relaciona con el derecho de protección

30 Artículo 3º de la Ley de Matrimonio Civil: "Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil."

31 Para el Código Civil (Título VII) la filiación puede ser matrimonial o no matrimonial (Art. 179). "La filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo", también lo es cuando los padres se casan después del nacimiento, o cuando reconocen a un hijo o hija ante un oficial del Registro Civil (Art. 180)."La filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación." (Art. 186).

32 A modo de ejemplo, antes de contar con Tribunales de Familia, los Juzgados Civiles atendían los casos de nulidad y separación y las demandas de alimentos de los cónyuges, en tanto los tribunales de menores atendían las causas relativas a los hijos o hijas, como alimentos, cuidado personal (o tuición) y relación regular y permanente (o derecho de visitas).

33 Mensaje Nº 156-359 del 8 de agosto de 2011, con el que el entonces Presidente de la República inició la tramitación del proyecto que dio origen al Acuerdo de Unión Civil.

a la familia, y con el derecho a decidir acerca del número y espaciamiento de los hijos/as. Se trata de una protección regulada por diversas normas en Chile. En particular, la protección a la madre trabajadora muestra una larga trayectoria. Casas y Valenzuela (2012) sitúan como primera ley de protección a la maternidad de las trabajadoras en Chile a la Ley 3.186 sobre el derecho a la sala cuna, publicada en el Diario Oficial el 13 de enero de 1917[34]. Las autoras observan que durante varias décadas esta protección no tematizó la discriminación, sino el ejercicio de la maternidad. Más recientemente, se promulgó la Ley 19.591 (1998) que prohíbe discriminar a la mujer por estado de gravidez y establece el fuero maternal para la trabajadora de casa particular[35]. Otras normas laborales relativas a maternidad son la Ley 19.670 de 2000, que extiende el fuero maternal a la mujer que adopta un hijo, y la Ley 20.545 de 2011, que extiende el permiso postnatal para las madres e incorpora el permiso postnatal parental. La prohibición de discriminación a las escolares embarazadas se integró a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (N° 18.962, art. 2) a partir de la reforma introducida en 2000[36] y su posterior reglamentación de 2004[37]. Por su parte, una estructura y diseño institucional que favorece la discriminación hacia las mujeres en el sistema ISAPPRE, asociada a la maternidad real o potencial, ha sido objeto de demandas judiciales, recursos de inconstitucionalidad y propuestas de reforma legal[38], siendo este uno de los temas abordados en el Informe de la Comisión Asesora Presidencial para el Estudio y Propuesta de un Nuevo Marco Jurídico para el Sistema Privado de Salud (octubre 2014).

34 Lydia Casas Becerra y Ester Valenzuela Rivera en: Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras, Revista de derecho (Valdivia) versión *online* ISSN 0718-0950, vol. 25 no.1 Valdivia jul. 2012.

35 En el informe anual 2014 de INDH (capítulo "Trabajo no remunerado en el ámbito doméstico") se analizaron las normas laborales que facilitan la integración de los papás al cuidado de hijos e hijas, mostrando que su efecto práctico es mínimo, debido a su escaso uso por los varones.

36 Ley 19.688, publicado en agosto 2000.

37 Reglamento Nº 79 de MINEDUC, 12 de marzo 2004, "Reglamenta inciso tercero del artículo 2º de la ley Nº 18.962 que regula el estatuto de las alumnas en situación de embarazo y maternidad".

38 El punto fue desarrollado en el Capítulo Derecho a la Salud del Informe Anual INDH sobre la Situación de Derechos Humanos 2011, pp. 1153-160.

SITUACIÓN DE DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LA FAMILIA

A continuación se revisarán, en particular, algunos planes y políticas referidos a la protección de la familia desde el punto de vista de cómo el Estado apoya la búsqueda de maternidad/paternidad, cómo protege los vínculos familiares y a sus integrantes en caso de ruptura o inexistencia de vínculo conyugal, cómo protege los embarazos en situación de especial vulnerabilidad y la situación específica de las personas privadas de libertad.

APOYO A LA PATERNIDAD/MATERNIDAD

El apoyo del Estado a quienes quieren ser padres o madres y tienen dificultades para procrear se expresa de distintas maneras: una de ellas es la de facilitar el acceso a técnicas de reproducción asistida[39], la otra es por medio de la adopción, siempre que se entienda que el derecho principal es el derecho del niño o niña a contar con una familia.

En el país, como en el resto del mundo, se está recurriendo de manera creciente a distintas técnicas de reproducción asistida. El Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA)[40] anotó para 1995 la cifra de 6.744 "ciclos iniciados" (tratamientos de reproducción asistida por distintos métodos) en América Latina y El Caribe, la que subió a 54.825 en 2013. Entre 1990 y 2013 la entidad registró 466.380 ciclos iniciados, que dieron lugar al nacimiento de 128,245 niños y niñas. De este total, 7.227 fueron nacidos en Chile (5,6% del total).

39 De acuerdo a la definición provista por la OMS, se entiende por técnicas de reproducción asistida "todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a, la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de zigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante."

40 Red Latinoamericana de Reproducción Asistida: Estado actual de la reproducción asistida en Latinoamérica y el mundo http://www.redlara.com/PDF_RED/Situacao_atual_REDLARA_no_mundo.pdf

Según FONASA, en Chile, cerca de 250 mil parejas tienen problemas de infertilidad[41]. Las bajas tasas de natalidad de Chile otorgan mayor relevancia a este problema, reconocido por la OMS como una enfermedad del sistema reproductivo. La mayoría de los casos pueden ser resueltos con tratamientos de baja complejidad (estimulación ovárica e inseminación artificial) y otros requieren técnicas de alta complejidad, como la fertilización *in vitro*, que tiene un alto costo económico, por lo que hasta hace poco tiempo había sido utilizado mayormente por personas de alto nivel de ingresos. En este ámbito han tenido lugar algunos cuestionamientos a la manipulación de embriones, al respecto existe como antecedente lo estipulado por la Corte IDH, en 2012, en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, en el marco de un debate acerca de fecundación *in vitro*.

Los problemas de infertilidad fueron abordados por el INDH en el Informe Anual 2014 (pp.194-195). Allí se dio cuenta del creciente apoyo del Ministerio de Salud a la fertilización asistida. En mayo de 2014 la Superintendencia de Salud anunció que FONASA entregaría cobertura de tratamiento de infertilidad de baja complejidad, el que sería obligatorio para las ISAPRES en todos sus planes. Para el 2015 FONASA garantiza a todos sus usuarios acceso a ambos tipos de tratamiento, tanto en la red pública de salud como por medio de prestadores privados en convenio[42], cubriendo el Estado el 100% del costo de los tratamientos de baja complejidad para todos los usuarios de FONASA y el 100% de los de alta complejidad para los usuarios de los niveles A y B.

En cuanto a la adopción, aun cuando la ley vigente desde 1999 representó un avance para el ejercicio del derecho de niños y niñas a crecer en una familia, su aplicación ha mostrado limitaciones que restringen este derecho, motivando la presentación de un proyecto de Reforma Integral al Sistema de Adopción, actualmente en discusión en el Congreso[43]. Entre las dificultades que justifican la reforma, el mensaje con que se presenta anota el largo tiempo promedio de permanencia institucional de los niños y niñas antes de concretarse la adopción, que fue de 2 años con 15 días en 2012. Otra dificultad es la larga permanencia en el registro de postulantes una vez reconocida la idoneidad de las/los interesados: SENAME consigna que en 2013 el tiempo de espera de los solicitantes desde que son reconocidos como idóneos hasta que se produce el enlace adoptivo fue de 434,7 días en promedio para niños/as menores de un año, de 386,6 para niños/as de entre 1 y 2 años, y de 264,8 días para niños/as de 3 o más años[44].

La reforma propuesta apunta a agilizar los procedimientos de adopción con la incorporación de mecanismos más eficientes y plazos más acotados para dar respuesta con mayor celeridad a las necesidades en la materia. A su vez, se establecen requisitos y condiciones tanto para que un niño, niña y adolescente pueda ser adoptado como para que las personas interesadas en adoptar puedan convertirse en madres y/o padres. Entre las observaciones que ha recibido el proyecto se señala que, entre las personas que pueden solicitar la adopción, no se encuentran los convivientes civiles[45]. Pese a su avanzada tramitación el proyecto ha sido postergado con la finalidad de asegurar su adecuación al proyecto de ley de garantías de los derechos de la niñez, presentado el 21 de septiembre de 2015[46].

EMBARAZOS VULNERABLES

Desde la perspectiva de los derechos humanos, el embarazo constituye para las mujeres un estado que requiere, por parte del Estado, de una especial protección. Esto es especialmente evidente en contextos de pobreza, durante el embarazo adolescente y en casos de riesgo médico. Las políticas públicas han puesto especial atención en las situaciones de vulnerabilidad para el núcleo madre/hijo-a, particularmente en el período de gestación, parto y lactancia.

41 http://www.fonasa.cl/portal_fonasa/site/artic/20140711/pags/20140711030056.html

42 Ibídem.

43 Boletín N° 911918 del 2 de octubre de 2013. Posteriormente el Ejecutivo presentó indicaciones sustitutivas y nuevos artículos orientados a mejorar la adecuación a la Convención de Derechos del Niño, a agilizar los procedimientos y a precisar las normas de adopciones nacionales e internacionales. (Boletines Nº 9.119-18 del 12 de junio de 2015, y Nº 9.119-18 del 31 de julio de 2015).

44 SENAME, Anuario Estadístico 2014, Tabla 20: Tiempo de espera de solicitantes nacionales desde su idoneidad hasta el enlace según edad del niñ@ al enlace, p. 27.

45 El proyecto identifica a los posibles adoptantes por su estado civil, señalando: "Podrán ser adoptantes los cónyuges, las personas solteras, divorciadas o viudas con residencia permanente en Chile", omitiendo el nuevo estado civil de convivientes, que no existía cuando el proyecto ingresó al Congreso.

46 Ver sección sobre institucionalidad democrática en este mismo informe.

Embarazo, maternidad y pobreza. La mayor vulnerabilidad de los hogares en situación de pobreza dificulta el acceso de todo el grupo familiar a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por Chile[47]. Según el Ministerio de Desarrollo Social[48], 30,5% de los hogares con jefatura femenina registrados en la Ficha de Protección Social tienen niños y niñas menores de 5 años. En este contexto, los programas de salud de control del embarazo y del niño sano, así como los de vacunación universal, han contribuido significativamente a la reducción de la vulnerabilidad de los hogares de menores ingresos[49]. En el primer gobierno de la presidenta Bachelet (2006-2010) se estableció el Programa Chile Crece Contigo como uno de los principales componentes del Sistema de Protección Integral a la Infancia (Ley 20.379, de 2009) que tiene por misión acompañar, proteger y apoyar integralmente a todos los niños y sus familias. Chile Crece Contigo articula y amplía las prestaciones preexistentes y las que se suman a esta finalidad, para un período que va desde el primer control de gestación para todas las mujeres que se atienden en el sistema público de salud, hasta que el niño o niña ingresa a prekínder. El acompañamiento incluye: (a) un Programa de Apoyo al Desarrollo Biopsicosocial, entregado por los servicios de salud, desde la gestación hasta los cuatro años; (b) un Programa de Apoyo al Recién Nacido, que entrega, a todas las familias que atienden su parto en la red pública de salud, elementos prácticos y educativos como un paquete de cuna-corral, estimulación, apego y vestuario. (c) Incluye también la expansión del acceso gratuito a salas cuna, y jardines infantiles de jornada extendida y parcial, destinado al 60% de los hogares más vulnerables, según la ley que crea el sistema, con lo que se propone tanto el desarrollo temprano de niñas y niñas para mejorar sus oportunidades como otorgar facilidades para la incorporación al mercado de trabajo por parte de las mujeres. El esfuerzo se ha mantenido en los gobiernos posteriores, llevando la tasa de asistencia neta de niños y niñas de 0 a 3 años a la educación parvularia desde el 26% al 28,4% entre 2011 y 2013[50]. (d) Además, el programa coordina las prestaciones preferentes para las familias con niños que formen parte del 40% de hogares más vulnerables de la población: Subsidio Único Familiar (SUF), desde el quinto mes de gestación hasta los 18 años de edad; nivelación de estudios; atención de salud mental; prevención y atención de la violencia intrafamiliar y maltrato infantil; incorporación al mundo del trabajo; mejoramiento de las viviendas; asistencia judicial; y dinámica familiar.

Embarazos de riesgo. Desde el punto de vista sanitario, el cuidado del período pre y postnatal de protección a la madre y su hijo/a ha constituido por décadas un eje de las políticas de salud, plasmado en servicios, normas y protocolos de atención, que han reducido notablemente la mortalidad materna e infantil desde hace algunas décadas, dando cumplimiento a los derechos de protección a la mujer embarazada establecidos en diversas convenciones. No obstante, MINSAL (2015) observa que el descenso de la mortalidad materna[51] ha tendido a estabilizarse a partir del 2000, "(…) alcanzando el 2012 una Razón de Mortalidad Materna (RMM) de 17,2 /100.000 nacidos vivos"[52]. La cifra, que no es mala en el contexto regional, está lejos de la meta de 9,9 muertes por 100.000 nacidos vivos al 2015, que se había propuesto Chile en los Objetivos del Milenio. El documento alerta acerca de dos situaciones especiales de riesgo médico de los embarazos: aquellos que se presentan en menores de 20 años –sobre todo los de menores de 15– y los que se dan en mujeres mayores de 40, que tienden a aumentar con la postergación de la fecundidad.

También han surgido propuestas de ley que buscan garantizar el apoyo médico, psicológico y social en situaciones especialmente difíciles. Entre ellos puede mencionarse el que "[e]stablece un régimen de protección integral de la

47 Los hogares en situación de pobreza y pobreza extrema habían bajado a 12,8% en 2013, los que reunían al 14,4% de las personas. Ministerio de Desarrollo Social, Informe de Desarrollo Social 2015, Cuadro Nº 3.1.2 Personas y Hogares en situación de pobreza y pobreza extrema por ingresos, según zona urbana y rural. 2013, p. 28.

48 Ministerio de Desarrollo Social, Informe de Política Social, 2015, pág. 115.

49 Como referencia, para diciembre de 2014 el Fondo Nacional de Salud, FONASA, atiende el 73% de niños entre 0 y 4 años y el 80% de mujeres entre 15 y 34 años, la mayor parte de los cuales se ubican en los tramos de menores ingresos. FONASA (2015), Cuenta Pública Participativa 2014, p. 24.

50 Ministerio de Desarrollo Social, CASEN 2013, Niños, niñas y adolescentes, Síntesis de Resultados.

51 Las cifra incluyen muertes maternas hasta los 42 días después de terminado el embarazo.

52 MINSAL (2015) Guía Perinatal 2015, Subsecretaría de Salud Pública, División Prevención y Control de Enfermedades, Departamento de Ciclo Vital, Programa Nacional Salud de la Mujer, p. 12.

mujer con embarazo vulnerable y del hijo que está por nacer, y modifica la Ley que Establece Medidas Contra la Discriminación"[53]. El proyecto define como embarazo vulnerable (art. 4°) aquel "(...) que, por circunstancias provenientes del contexto social en que se desarrolla la mujer o de su propia individualidad –ya sean factores psicosociales o propias de su embarazo, como el abandono de la pareja, la coerción, violencia, embarazo por violación, expectativas de vida, feto con malformaciones congénitas letales, expulsión del hogar, adolescencia, riesgo asociado para la vida de la madre, entre otros–, no pueda ser vivido con normalidad o represente especiales dificultades para dicha mujer y requiera, por esta razón, de un acompañamiento especial". Medidas en esta dirección pueden constituir apoyos valiosos para las mujeres embarazadas, siempre que se desarrollen en el marco del respeto de sus derechos.

Embarazo de adolescentes. En cuanto a los nacimientos de hijos/as de madres adolescentes, puede notarse un leve descenso en los nacidos de mujeres menores de 19 años, que pasó del 13% del total de nacimientos en 2013 al 11,8% en 2014[54]. No obstante, la maternidad temprana sigue siendo una problemática relevante para la población de menor ingreso. Según Casen 2013[55], para el 39% de las personas menores de 18 años del primer quintil de ingresos y para el 28,1% de las personas menores de 18 años del segundo quintil de ingresos, sus madres tenían menos de 18 años de edad al momento de su nacimiento. El embarazo en las adolescentes conlleva un mayor riesgo médico, especialmente en las edades más bajas, y constituye una preocupante limitación a las opciones de desarrollo de las niñas. Además de la atención preferencial que ofrece en estos casos el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación cuenta con normas contra la discriminación a las escolares embarazadas y madres, mencionadas más arriba[56]. Existe el Programa de apoyo a la retención escolar de madres, padres y embarazadas adolescentes realizado por JUNAEB en establecimientos focalizados por la institución dentro de las regiones de Antofagasta, Valparaíso, Metropolitana y La Araucanía, que incorpora a los padres escolares y desarrolla estrategias para abordar los factores que potencian la deserción y, al mismo tiempo, promover aquellos que son protectores[57]. No se cuenta con registros respecto de la cobertura de todos estos programas o concernientes a la permanencia de prácticas discriminatorias contra las escolares embarazadas o madres[58].

PROTECCIÓN A LOS INTEGRANTES DE LA FAMILIA EN AUSENCIA DE VÍNCULOS DE CONVIVENCIA

Cuando se rompen los vínculos de convivencia entre parejas, o bien cuando no existen vínculos legales entre los progenitores, se dificulta la exigencia de los derechos a cuidados y a la permanencia de los lazos familiares. La magnitud del problema puede observarse en la cifra de 49.619 causas de divorcio terminadas en los tribunales el 2014[59], pero más aún en el alto porcentaje de niñas y niñas que nacen fuera del matrimonio, llegando a más de 70% de nacidos/as en una situación de reconocimiento no matrimonial, como se observa en la Tabla siguiente:

TIPO DE RECONOCIMIENTO DE INSCRITOS EN EL REGISTRO CIVIL, 2014

TIPO DE RECONOCIMIENTO	N°	%
Dentro del matrimonio	76.204	28,5
Fuera del matrimonio	161.337	60,4
Reconocidos por madre	25.408	9,5
Reconocidos por padre	2.182	0,8
Por ninguno	1	0
Filiación indeterminada	1.821	0,6
Total nacimientos	**266.953**	**99,8**

Fuente: Servicio de Registro Civil e Identificación. Estadísticas con Enfoque de Género. (Datos a diciembre de 2014).

53 Boletín Nº 9873-11.

54 Estimación propia con base en información del Servicio de Registro Civil, Estadísticas con Enfoque de Género, 2015.

55 Ministerio de Desarrollo Social, Casen 2013, Niños, Niñas y Adolescentes, p.13.

56 Artículo 2º de la ley Nº 18.962, introducido por la Ley 19.688, publicada en agosto 2000 y Reglamento Nº 79 de MINEDUC, 12 de marzo 2004.

57 Información recuperada en http://www.junaeb.cl/programa-de-retencion-escolar-de-madres-padres-y-embarazadas-adolescentes, el 18 de noviembre de 2015.

58 Entre septiembre de 2012 y agosto de 2013 la Superintendencia de Educación registra 1003 denuncias por discriminación, y 2322 por cancelación de matrícula, pero no detalla las causales específicas.

59 Información proporcionada por la Corte Suprema en Oficio Nº 466-2015 del 21 de octubre 2015.

Hay que tener presente que todos los niños y niñas, bajo cualquier modalidad de reconocimiento, tienen los mismos derechos, en virtud de la ley que establece la igualdad de todos los hijos e hijas. La elevada cifra de nacimientos por fuera del matrimonio, aún más que la de divorcios, puede explicar la gran cantidad de demandas de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular que llegan al sistema de justicia: solo en el Sistema Nacional de Mediación[60] fueron ingresadas 288.051 solicitudes en estas materias durante 2013, destacando la mayor proporción –62,7% del total– de las solicitudes de alimentos, como se aprecia en la Tabla que sigue.

MATERIAS INGRESADAS AL SISTEMA NACIONAL DE MEDIACIÓN, AÑO 2013

MATERIA	N° INGRESOS	%
Alimentos	180.510	62,7
Cuidado personal	31.587	11
Relación directa y regular	75.767	26,3
Otros	187	0,1
Total	**288.051**	**100**

Fuente: elaboración propia con base en Anuario Estadístico Justicia Familiar, Ministerio de Justicia 2013, Tabla N° 25, Materias ingresadas al sistema nacional de mediación en 2013, por materia y región. Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia, p. 99.

En la familia matrimonial se suele presumir que, en general, la madre se queda con los hijos en caso de ruptura del vínculo, dejando al padre con la obligación de asegurar una pensión de alimentos y el derecho a "visitas". Por otra parte, muchos de los hogares encabezados por una mujer (39% del total, según CASEN 2013) no cuentan con un padre responsable, cifra aún más alta en los sectores de mayor pobreza. En consonancia con la corresponsabilidad entre padre y madre respecto del cuidado de los hijos establecida en la Ley 20.680 de 2013, las madres pueden ser demandadas para asignar alimentos a los hijos, si estos viven con el padre, quien puede demandar el cuidado personal de los hijos con igual derecho que la madre[61]. Sin embargo, las diferencias de género se mantienen en el cumplimiento y exigencia de estos derechos. Como lo muestra la Tabla siguiente, el Sistema Nacional de Mediación en 2013 recibió 358.517 solicitudes, de estas 64,2% fueron presentadas por mujeres, en tanto que 376.356 solicitados, 60,9% fueron hombres.

SOLICITANTES Y SOLICITADOS POR SEXO EN EL SISTEMA NACIONAL DE MEDIACIÓN, AÑO 2013

	SEXO	NÚMERO	PORCENTAJE
Solicitantes	Mujeres	230.186	64,2
	Hombres	128.331	35,8
	Total	**358.517**	**100**
	SEXO	NÚMERO	PORCENTAJE
Solicitados	Mujeres	147.056	39,1
	Hombres	229.300	60,9
	Total	**376.356**	**100**

Fuente: elaboración propia con base en Anuario Estadístico Justicia Familiar, Ministerio de Justicia 2013, Tabla N° 23 Cantidad de solicitantes y solicitados en el sistema nacional de mediación según género y región, p.64.

PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Una situación de especial vulnerabilidad respecto de la protección de la familia es la de personas privadas de libertad, en particular de mujeres embarazadas o madres. Al 30 de junio de 2015, Gendarmería registraba 3.202 mujeres internas, equivalentes al 7,2% del total de la población penal del país. Del total de mujeres, 2.038, es decir 63,6%, informaron tener hijos menores de edad al momento del ingreso a prisión. Algo menos de la mitad de estas madres prisioneras (1.309 equivalentes al 40,9%) se encuentran en cuatro centros penitenciarios femeninos y un centro femenino semiabierto. Las restantes se distribuyen en 35 cárceles, compartiendo la prisión con los hombres condenados, si bien en estos casos, de acuerdo al reglamento penitenciario, deben

60 La Ley que crea los tribunales de familia instauró el sistema de mediación familiar, definido como "(…) aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos" (Art. 103). La ley precisa qué materias pueden o deben someterse a mediación, así como los principios y procedimientos a seguir, y establece un Registro oficial de mediadores que será proporcionado por el Ministerio de Justicia a las Cortes de Apelaciones. Una parte de las materias se deriva a los tribunales, cuando no se logra un acuerdo.

61 Las mujeres también pueden ser demandadas para demostrar su maternidad, según la ley N° 20.030 de 2005.

permanecer separadas de los demás reclusos[62]. En el caso de los varones privados de libertad, 40,5% había declarado tener hijos menores de edad (16.728 sobre un total de 41.337) al momento de ingresar a la cárcel.

La protección de la gestación y del lazo materno con hijos e hijas está contemplada en el artículo 19 del Reglamento Penitenciario[63] que dispone que en los Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F.) "(….) existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuados para el cuidado y tratamiento pre y postnatal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas". Esos espacios, que también deben ser provistos cuando sea el caso en todos los recintos mixtos, se agrupan bajo la denominación de Programa de Residencias Transitorias el que, al 30 de junio de 2015, contaba con 117 internas, de estas, 87 se encontraban en período de lactancia y 29 estaban embarazadas, en tanto una reunía ambas condiciones[64]. La atención de las madres y sus hijos se realiza por medio del Programa de Atención a Mujeres Embarazadas y con Hijos Lactantes (PAMEHL), que incluye cuidados médicos, nutricionales y de desarrollo formativo de los niños.

El reglamento dispone que cuando "(…) ingrese una interna con hijos lactantes, el Jefe del Establecimiento deberá comunicar de inmediato este hecho al Servicio Nacional de Menores para los efectos de la respectiva subvención y de los programas o medidas que dicha Institución deberá desarrollar para el adecuado cuidado de los niños". Gendarmería mantiene para estos fines un convenio con SENAME[65], entidad que subsidia hasta 120 plazas de lactantes, condicionadas al cumplimiento de las normas del sistema de instituciones colaboradoras[66]. De acuerdo con cifras del Servicio Nacional de Menores (SENAME), en 2014 la línea de trabajo Residencias de Protección para hijos lactantes de madres internas en establecimientos penitenciarios (RPR) realizó 254 atenciones en la Región Metropolitana, correspondientes a 245 niños/as (153 menores de 1 año, 90 entre 1 y 3 años, 1 niño/a entre 4 y 5) y 9 en período de gestación[67].

En este contexto, Gendarmería de Chile trabaja en convenio con organismos como JUNJI e INTEGRA[68]. Esta última entidad, por ejemplo, informa que durante el 2014, 32 niños y niñas de hasta dos años de edad participaron del Programa *Sala cuna en recinto penitenciario*, en centros penitenciarios de Arica, Valparaíso y Santiago. Un ejemplo es el de la Sala Cuna Castorcitos, ubicada al interior del Centro Penitenciario de Arica, el que además de proveer un programa educativo y alimentario a los niños y niñas que residen al interior del penal junto a sus madres, proporciona atención a las mujeres que se encuentren embarazadas, independiente de su calidad procesal, para efectos de fortalecer el vínculo y la estimulación durante el proceso gestacional.

Además de la situación de mujeres y lactantes al interior de las prisiones, es necesario considerar la especial vulnerabilidad de niños/as y adolescentes que estando en libertad, tienen a sus padres/madres o tutores privados de libertad. El INDH pudo determinar, en particular, que "´[e]sta realidad no la consideraría el sistema educacional chileno, que no se flexibiliza ante un contexto precario´. Por ejemplo, el caso de un niño/a que tenga a su mamá detenida: ´Son 38 semanas de clase. 38 semanas serán 38 días que él va a faltar porque va a ir a ver a su mamá. La visita del miércoles y la del domingo. ¡Cómo le digo al niño que no vaya a ver a su mamá! Ese niño ya excedió, con solo esa razón. Sin contar que se va a enfermar, faltó más de lo que está permitido por ley en términos de la entrega de la subvención, y además, la posibilidad de la repitencia´ (mujer entrevistada)"[69].

62 Información proporcionada por Gendarmería de Chile en Oficio 1338/2015, en respuesta a Oficio Nº 458 de 18/08/2015.

63 Decreto 518 de 1998, Ministerio de Justicia: Aprueba ''Reglamento de Establecimientos Penitenciarios", art. 19.

64 Información proporcionada por el Departamento de Reinserción Social en el Sistema Cerrado; programa de Residencias Transitorias al 30-06-2015.

65 Resolución exenta Dirección de SENAME, Nº 4657, del 14 dic 2010 y "Protocolo ingreso, permanencia y egreso de niños y niñas lactantes" (convenio SENAME - GENCHI, Septiembre 2011).

66 Ley Nº 20.032 de 2005, que Establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención.

67 Para más información ver: http://www.sename.cl/wsename/otros/Anuario_Estadistico_2014_Ax3.pdf, La cifra de SENAME sobre número de lactantes atendidos es mayor a la de Gendarmería, debido a que la base de estimación es diferente: SENAME incluye los atendidos durante todo el año 2014. Gendarmería incluye la información de mujeres con condena vigente al 30 de junio de 2015.

68 Reporte Integra 2014. p. 79

69 INDH. Estudio de caso: Violencias y Derechos Humanos en La Legua, 2015.

Un problema adicional, relacionado con el alejamiento de los hijos o hijas de sus padres/madres o tutores privados de libertad, es el planteado por algunas internas al INDH en el marco de un estudio de las condiciones carcelarias en Chile (2013)[70], las que en ocasiones prefieren que sus hijos/as menores no las visiten debido a que no quieren someterlos a las revisiones que realiza Gendarmería, las que pueden ser vejatorias. En este ámbito, además, el INDH "pudo constatar que el traslado a unidades penales lejanas es utilizado por Gendarmería de Chile como una forma de sanción para aquellos/as internos/as más refractarios al régimen (íbidem: 92)", por períodos que pueden prolongarse por seis meses o hasta por años, vulnerando así varios derechos del interno, incluido el de mantener contacto con su familia. El Informe señala: "En particular, los traslados desde Santiago a los recintos penitenciarios del sur del país, especialmente a aquellos que cuentan con celdas de máxima seguridad, constituyen una práctica bastante frecuente y que trae consecuencias como el alejamiento del interno/a del grupo familiar. Como se desprende de los relatos de los/as internos/as, estos traslados suponen un agravamiento de su condición de reclusión pues dejan de recibir visitas debido al traslado. Lo anterior se observa en las entrevistas a internos/as recluidos/as en el CCP de Puerto Montt"[71].

Una observación general es que con la excepción de los beneficios referidos a lactancia, las normas y prácticas penitenciaras no ofrecen mayores condiciones para desarrollar los vínculos de padres, madres o tutores privados de libertad con los niños o niñas a su cargo. En la reciente revisión realizada al Estado de Chile por el Comité de Derechos del Niño, se preguntó por la forma en que el Poder Judicial considera el interés superior del niño (Art. 3 de la CDN[72]) al momento de dictar sentencias privativas de libertad, teniendo en cuenta los riesgos que corren los niños y niñas al permanecer en las cárceles, en sus hogares o en la calle sin cuidados parentales, o incluso si son integrados al sistema de SENAME. Además, señaló la importancia de privilegiar penas alternativas en estos casos (incluido el arresto domiciliario) y de brindar posibilidades de generar ingresos dentro de la cárcel, a los fines de cumplir con el pago de obligaciones de alimentos.

En cuanto a los y las jóvenes menores de edad privados de libertad, de acuerdo con información proporcionada por SENAME, al 30 de junio 2015 había 1.482 hombres y 65 mujeres adolescentes (desde 14 a 18 y más años) en los Centros de Internación Provisoria (CIP), Centros Cerrados (CRC) y Centros Semicerrados (CSC) en todo el país. Dentro de este total, se informa que hay 5 adolescentes embarazadas y 13 –25% del grupo– que son madres, en tanto que se registra a 176 hombres (el 12%) como padres. El reglamento de los centros de reclusión de SENAME[73] contiene medidas especialmente dirigidas a proteger a las adolescentes embarazadas y madres, y el vínculo con sus hijos o hijas, incluyendo el cuidado profesional de las "necesidades nutricionales, higiénicas y sanitarias específicas" de las adolescentes embarazadas y en período de lactancia (art. 95) así como la atención del parto en un hospital público, incluyendo el traslado y las gestiones necesarias (Art. 96). El artículo 99 indica que "[l]as adolescentes con hijos lactantes serán alojadas en dependencias especiales destinadas al efecto, para facilitar el contacto materno filial"[74], mientras el artículo 100 permite a los hijos/as permanecer con sus madres o padres (si no hay madre u otro familiar que se haga cargo) hasta la edad de dos años, y compromete el "(…) apoyo de personal especializado a las madres en su relación materno filial"(art.100). El artículo 103 dispone la existencia de guardería y salas cuna "(…) en cada centro donde haya adolescentes mujeres que convivan con sus hijos", y el acceso de estos a Jardines de la JUNJI.

70 INDH, (2013) Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos, pp. 132-133.

71 Ibídem, p. 92.

72 Los incisos 1 y 2 del art. 3 de la CDN señalan: "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

73 Reglamento de la Ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

74 "Las normas del presente artículo también serán aplicables a los adolescentes varones, cuando tengan el cuidado personal del niño y éste no sea compartido con la madre, y no exista algún adulto que pueda encargarse de su cuidado" (Art 99).

A pesar de haberla solicitado, el INDH no cuenta con información que permita evaluar estas condiciones. SENAME informa que "no existe registro de número de niñas y adolescentes mujeres que tienen hijos/as lactantes residiendo con ellas al interior de los centros, ni tampoco del número de niñas y adolescentes que dieron a luz"[75]. La ausencia de registro de datos tan relevantes pone una luz roja respecto del debido resguardo de los derechos de la madre y el niño o niña recién nacido en el sistema de SENAME, organismo que tiene como misión la protección de los mismos. Es imprescindible contar con información pública completa, veraz y oportuna para evaluar la garantía de derechos de la madre privada de libertad y su hijo o hija, mientras permanecen recluidos.

75 Oficio Nº 1795 de fecha 2.10.15.



4

Ejercicio de derechos sin discriminación

1. PROSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS





PROSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS



PROSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

1

ANTECEDENTES

Analizar la temática de la prostitución implica revisar una actividad en la que convergen diversas cuestiones de derechos humanos: los derechos de las mujeres, el derecho a la salud, la libertad de trabajo, la necesidad de prevenir la violencia física, psicológica o institucional contra quienes se encuentran en situación de prostitución[1]; la explotación y la trata de personas; y la relación entre discriminación, pobreza y prostitución, entre otras. La cuestión de fondo es, desde una perspectiva de derechos humanos, el modo en que el Estado decide abordar este tema, ya sea al prohibir la prostitución o al reconocer su existencia y regularla.

Ante todo, el análisis requiere reconocer que quienes se prostituyen o son prostituidas –en el marco de este capítulo, las mujeres, travestis y trans mayores de 18 años– responden, en general, a una necesidad común: la de contar con un ingreso económico y la eficacia de la actividad para producir dicho ingreso rápidamente[2]. En Chile, la prostituta "es el elemento central y sobre el que recae el estigma social. Así, respecto de la justicia es la proscrita sospechosa; desde la salud pública es el agente transmisor de enfermedades; para la moral dominante es el centro de la perversión y, para el punto de vista social, sujeto necesitado de rehabilitación" (Canales, 2005, pág. 12). Son mujeres, travestis y trans que sufren la violencia, el estigma y la discriminación, y donde tanto el Estado como la sociedad suelen olvidar lo más básico e importante: que ante todo son personas y, por ende, sujetas de derechos humanos que el Estado debe respetar, garantizar y proteger, con especial atención, debido a su condición de vulnerabilidad.

Ahora bien, cómo el Estado debe cumplir estas obligaciones ha generado un debate en torno a, principalmente, dos posturas. Por una parte, la posición abolicionista plantea que regular este ámbito sería legitimar una versión moderna de esclavitud que nuevamente pone a la mujer en una situación de desventaja y discriminación y, por ende, de vulnerabilidad. Esta posición cuestiona el argumento según el cual las personas que venden sexo lo hacen sobre la base de una libre elección, y por el contrario, lo consideran un trabajo forzoso prohibido por el derecho internacional de los derechos humanos (Canales, 2005). Así, la prostitución sería una manifestación más de la sociedad patriarcal que en lugar de considerar a las mujeres como sujeto de derechos, las concibe como un objeto de placer a disposición de los hombres. Acorde a esta postura, al ser el ordenamiento jurídico una construcción masculina (del varón para el varón),

1 El INDH utiliza el concepto "personas en situación de prostitución" para abordar este tema desde una perspectiva de derechos humanos, por entender que es el que mejor permite realizar un análisis de la situación reconociendo las diferentes posiciones que existen en este ámbito, y que se explican a continuación.

2 Victoria Yáñez, mujer trans, ante la pregunta de cómo llegó a la prostitución, respondió que "yo llegué a la prostitución porque en ningún lado a mí me daban trabajo por mi expresión de género, mi género era totalmente femenino. Intenté muchas veces de conseguir trabajo en predios agrícolas porque acá donde vivo yo [...] hay mucho trabajo en ese ámbito de la agricultura, pero sabes que aquí prevalece mucho el machismo, entonces generalmente siempre me dieron con la puerta en la cara diciendo que no admiten maricones porque traía mala suerte. Nunca pude conseguir un trabajo para yo poder hacer un curso, esa era mi expectativa". Esta tensión también está presente para las personas trans en situación de prostitución . Así, Zuliana Araya, quien estuvo en situación de prostitución por 33 años, aclara que "el comercio sexual no es un trabajo, es una necesidad. [Tampoco] no le puedo llamar explotación, le llamo una necesidad. Si fuera explotación lo haríamos día y noche. Es una necesidad, que nos permite ganar algo de dinero, vestirnos, comprar nuestras pinturas, también alimentarnos y pagar arriendo, porque hay algunas que arriendan piezas. Es más que nada para pagar nuestras cosas. Si tú te vas a un prostíbulo, ahí te explotan, eso es explotación". Entrevistas realizadas por el INDH el 5 de noviembre de 2015.

la legalidad de la prostitución no sería un triunfo de la autonomía de las personas en situación de prostitución, sino que un triunfo más del varón, legitimando una actividad que es fuente de violencia y dominación (Olsen, 1990).

En contraposición, la postura reglamentarista, sostenida por numerosas organizaciones de trabajadoras sexuales de acuerdo a cómo ellas mismas se definen, reivindica la actividad como una que sería elegida de forma libre y voluntaria, y que consistiría en prestar un servicio determinado por medio de su cuerpo y por el que se entrega a modo de contraprestación un monto pecuniario determinado (Canales, 2005). Desde esta perspectiva se reivindica la idea de que constituye un trabajo digno, realizado en condiciones indignas, lícito, ejercido por trabajadoras sexuales donde el rol del Estado sería darles protección, ya que por la naturaleza de sus funciones, por la regulación actual y por los estereotipos sociales existentes, se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Dicha protección consistiría en garantizar una regulación integral que las proteja, condiciones laborales dignas, evitar abusos por parte de funcionarios policiales y permitir el acceso sin discriminación a los servicios de salud, entre otros aspectos.

El INDH aborda por primera vez la cuestión de la venta de sexo desde una perspectiva de derechos humanos, y junto con reconocer la tensión que existe entre las posturas mencionadas, estima que la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas en situación de prostitución obliga al Estado a prestarles especial protección. Un estudio realizado por la Red de Mujeres Trabajadoras Sexuales de América Latina y el Caribe (RedTraSex) que encuestó a 67 personas en situación de prostitución en Chile muestra parte de esa vulnerabilidad. De ellas, el 26,9% no había finalizado la enseñanza básica y 1,5% jamás asistió a un establecimiento educacional. Asimismo, el 26,9% de las encuestadas eran mujeres migrantes, provenientes principalmente de Ecuador, Perú y República Dominicana. En cuanto a las encuestadas chilenas, el 100% tenía hijos/as, de ellas el 69,7% los/as tenía bajo su cuidado (RedTraSex, 2013).

En cuanto a la situación relativa a la trata de personas con fines de explotación sexual, problema directamente vinculado al fenómeno bajo análisis, el INDH la ha abordado con anterioridad. En esta oportunidad, este apartado hará referencia a los principales hechos del año en relación con este delito, donde el Instituto ha actuado de manera directa.

El presente apartado revisa los estándares internacionales de derechos humanos, describe la normativa nacional atingente tanto a nivel constitucional y legal y, finalmente, revisa la situación en Chile, para ello se recogen experiencias de personas en situación de prostitución, que se han prostituido o que trabajan en la defensa de sus derechos. Asimismo, es importante realizar algunas advertencias metodológicas. Aquí se aborda la situación de las mujeres, travestis y trans, mayores de 18 años, que venden sexo a cambio de dinero. Por tanto, no incluye un análisis de la explotación sexual infantil, que si bien se vincula con el tema, ya ha sido abordado en su especificidad por el INDH anteriormente[3]. Por su parte, la realidad de los hombres en situación de prostitución no es abordada en esta oportunidad, por un lado, por la inexistencia de datos y estudios que permitan aproximarse a este universo de personas, y porque a diferencia de otros colectivos no existen organizaciones de la sociedad civil que recojan organizadamente sus demandas[4] o defiendan sus derechos[5] en particular.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

En primer lugar, es importante señalar que las personas en situación de prostitución constituyen un grupo vulnerado, y como tal, que está más expuesto que otras personas y grupos a situaciones de discriminación. Por

3 Para mayor información, consultar el capítulo "Violencia hacia niños y niñas" del Informe Anual 2013.

4 Como el Sindicato Nacional Independiente de Trabajadoras Sexuales Amanda Jofré Cerda, Fundación Margen o el Sindicato Afrodita.

5 Esta invisibilización fue corroborada por Camilo García, Vocero del Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS): "Nosotros no tenemos datos, principalmente porque es muy difícil acceder a los prostitutos masculinos desde las instituciones de la sociedad civil. Ellos en general no quieren ser entrevistados ni quieren ser parte de estudios sobre prostitución masculina ni involucrarse en la defensa de sus derechos [...]. Tampoco están los recursos para hacer un estudio cuantitativo de cuántos hombres ejercen la prostitución masculina [...]. Lo que sí hemos visto y hemos sabido, a partir de quienes llegan a atención psicológica o a los talleres para jóvenes, es que la prostitución masculina está muy extendida, principalmente en redes sociales para gays, y hay un fuerte componente de migrantes entre quienes ejercen la prostitución masculina hoy en Chile [...]. La prostitución masculina no se ejerce en la calle, es muchísimo más puertas adentro que con las mujeres y las trans, casi un 100%". Entrevista realizada por el INDH, el día 17 de noviembre de 2015.

ello, en primer lugar, les son aplicables los estándares internacionales en materia de igualdad y no discriminación señalados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.1), que protegen a las personas frente a prácticas que tengan por objeto o por resultado, una discriminación.

En segundo lugar, si bien el derecho internacional de los derechos humanos no dispone de un tratado específico referido a las personas en situación de prostitución, como sí ocurre para otros grupos que requieren de especial protección[6] o los establecidos para abolir la explotación y la trata[7], es posible identificar algunos estándares que les son aplicables, sobre todo en relación con las principales problemáticas que enfrentan. A continuación se hará revisión de ellos, diferenciando entre aquellos estándares genéricos que les son aplicables en tanto personas y aquellos que hacen mención expresa a la prostitución generando obligaciones específicas en la materia para los Estados.

En cuanto a los estándares generales, es decir, aquellos que no contienen en su redacción una alusión expresa de las personas en situación de prostitución, encontramos dos tratados marco. En primer lugar, a nivel universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) reconoce que "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" (artículo 7) aplicable a situaciones como la violencia que se reconoce viven estas personas. Asimismo, "nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio" (artículo 8.3.a), en relación con el debate por la autonomía y el derecho a condiciones laborales mínimas para quienes la ejercen. Por su parte, el artículo 9 establece que "nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta", agregando que "toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella" (artículo 9.2), cuestión relevante, ya que es reconocida la existencia de detenciones ilegales en contra de estas personas.

Por su parte, a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece que toda persona tiene derecho a la integridad personal, lo que incluye que se respete "su integridad física, psíquica y moral" (artículo 5.1), agregando que "nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" (artículo 5.2). El artículo 6 señala que "nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto estas como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas", agregando que "nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio" (artículo 6.2). Respecto de la libertad personal (artículo 7), esta es definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como "la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones"[8]. La CADH en su artículo 7.2 establece que "nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas", y el párrafo cuarto del artículo agrega que "toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella". Al igual que con el PIDCP, en el contexto de las personas en situación de prostitución, estos derechos reconocidos por la CADH son afectados, y es deber del Estado garantizarlos.

En materia de estándares que sí hacen menciones que más directamente pueden referirse a las personas en situación de prostitución, está la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). Su artículo 3 señala que "los Estados Partes tomarán en

6 Entre ellas, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la protección de derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

7 Más adelante se aborda este tema bajo el título "Trata de personas con fines de explotación sexual".

8 Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 21 de noviembre de 2007, párr. 52.

todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre". En materia laboral la Convención plantea "el derecho a elegir libremente profesión y empleo" (artículo 11.1.b), como también "el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo" (artículo 11.1.f). Asimismo, el artículo 12 establece que "los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia".

Especial relevancia para las personas en situación de prostitución tiene el artículo 6, al mencionar expresamente que "los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer". Su redacción no es clara respecto del alcance de la obligación, ya que una interpretación plausible es entender que la prostitución, *per se*, es una explotación de la mujer y, por tanto, contraria a la Convención. No obstante, es posible interpretar que la Convención permite la prostitución, estableciendo como obligación específica del Estado erradicar la explotación de la prostitución. En ese sentido, el reproche caería sobre la explotación y no sobre la prostitución en sí misma[9].

El Comité CEDAW ha planteado respecto de esta materia que "la pobreza y el desempleo obligan a muchas mujeres, incluso a muchachas, a prostituirse. Las prostitutas son especialmente vulnerables a la violencia porque su condición, que puede ser ilícita, tiende a marginarlas. Necesitan la protección de la ley contra la violación y otras formas de violencia"[10], agregando que "hay nuevas formas de explotación sexual, como el turismo sexual, la contratación de trabajadoras domésticas de países en desarrollo en los países desarrollados y el casamiento de mujeres de los países en desarrollo con extranjeros. Estas prácticas son incompatibles con la igualdad de derechos y con el respeto a los derechos y la dignidad de las mujeres y las ponen en situaciones especiales de riesgo de sufrir violencia y malos tratos"[11]. En materia de salud, el mismo Comité ha señalado que "debe prestarse especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos como los de las emigrantes, las refugiadas y las desplazadas internas, las niñas y las ancianas, las mujeres que trabajan en la prostitución, las mujeres autóctonas y las mujeres con discapacidad física o mental"[12]. En cuanto a quienes contraen VIH/SIDA u otra enfermedad por contacto sexual, el Comité planteó que "las mujeres que trabajan en la prostitución también son especialmente vulnerables a estas enfermedades. Los Estados Partes deben garantizar, sin prejuicio ni discriminación, el derecho a información, educación y servicios sobre salud sexual para todas las mujeres y niñas"[13].

Acerca de los pronunciamientos del Comité CEDAW en esta materia, se ha planteado la falta de claridad respecto de cuál es el mecanismo para regular este ámbito desde una perspectiva de derechos humanos. Así, el Comité ha "abordado el problema de la violencia y la discriminación contra las mujeres dedicadas al trabajo sexual, pero al analizar sus preguntas y comentarios queda en evidencia que proponen por lo menos tres soluciones diferentes: brindar más servicios y establecer un mayor contacto con las mujeres que se dedican al trabajo sexual sin cambiar las leyes; despenalizar la venta de sexo pero incrementar las penas para quienes lo compran (como forma de promover la igualdad entre mujeres y hombres) y considerar la despenalización de la prostitución" (Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2010, pág. 15).

A nivel interamericano está la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de "Belem do Para"), la que, en su artículo 1

9 Como se aprecia, ambas interpretaciones están ligadas a la tensión planteada al inicio del capítulo entre las teorías abolicionistas o regulatorias de la prostitución.

10 Comité CEDAW, Recomendación General 19: La violencia contra la mujer, 1992, párr. 15.

11 Comité CEDAW, Recomendación General 19: La violencia contra la mujer, 1992, párr. 14.

12 Comité DEDAW, Recomendación General 24: Artículo 12, la mujer y la salud, 1999, párr. 6.

13 Ibídem, párr. 18.

define violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". Su artículo 7 establece los deberes del Estado en orden a prevenir, sancionar y erradicar la violencia sexual, para ello debe, entre otras, "abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación" (artículo 7.a); actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (artículo 7.b); y adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad (artículo 7.d).

La Corte IDH ha interpretado el contenido y alcance tanto de los derechos aquí mencionados como también de los ya antes señalados contenidos de manera genérica en la CADH. Así, respecto de la integridad física y psíquica señaló que esta es de vital importancia, ya que la CADH "lo protege particularmente al establecer, *inter alia*, la prohibición de tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia"[14]. En relación con el trabajo forzoso, la Corte ha señalado que existen dos requisitos para determinar su ocurrencia: la amenaza de una pena y la falta de voluntad por parte de la persona sometida. Respecto del primer requisito, este consiste en "la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares"[15]. En cuanto a la falta de voluntad, esta "consiste en la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de trabajo forzoso"[16].

Respecto del deber de investigar las violaciones a los derechos humanos, la Corte IDH ha señalado que "debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos"[17] y que "tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres"[18].

Por su parte, en el ámbito específico de la trata de personas con fines de explotación sexual, a lo largo del siglo pasado se han desarrollado instrumentos vinculantes y otros documentos no vinculantes para abordar su prevención y sanción tanto a nivel universal[19] como regional[20]. El cuerpo normativo más completo y reciente relativo a la materia lo constituye la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[21], cuyo Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo), define la Trata de personas como "[l]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento

14 Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 157.

15 Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, 1 de julio de 2006, párr. 161.

16 Ibídem, párr. 164.

17 Corte IDH, Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 289.

18 Corte IDH, Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 293.

19 Entre ellas, el Convenio 29 sobre el trabajo forzoso, de la OIT, en 1930; la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 4); el Convenio para la represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena (1949); la Declaración y el Programa de Acción de Viena (1993); las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 64/293 de julio de 2010 y 65/190 de diciembre de 2010 y las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de 1999/40 (1999), 8/12 (2008), 11/3 (2009) y 14/2 (2010). En julio de 2010, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para Combatir la Trata de Personas.

20 Resoluciones de Combate al Delito de la Trata de Personas, Especialmente Mujeres, Adolescentes y Niñas y Niños CIM/RES. 225 (XXXIO/02) aprobada del 31 de octubre de 2002, AG/RES. 1948 (XXXIIIO/03) del 10 de junio de 2003; y, AG/RES. 2019 (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004.

21 Chile promulgó la Convención y sus protocolos –uno, contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y el otro, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños– mediante el Decreto Supremo Nº 342 del 20 de diciembre de 2004, publicado en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2005.

de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos"[22]. En particular, el Protocolo de Palermo establece como obligaciones del Estado la prevención, investigación y sanción de este delito, así como la protección de las víctimas.

NORMATIVA INTERNA

Igual que con el derecho internacional de los derechos humanos, al analizar la normativa nacional es posible encontrar regulaciones de distinta jerarquía legal que hacen mención genérica a derechos que son aplicables a las personas en situación de prostitución, por las condiciones en que desarrollan esa actividad, como también regulación que expresamente se refiere a esta materia.

El contenido de la CPR es de vital importancia para este grupo, al establecer en su artículo 1 que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Este mandato cobra especial relevancia al analizar grupos vulnerados que históricamente han estado marginados de la protección de sus derechos por parte del Estado. El mismo artículo reconoce que el Estado está al servicio de la persona humana y que es su deber "contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible", como también "dar protección a su población".

Asimismo, es posible mencionar un conjunto de derechos reconocidos en el artículo 19 de la CPR que son de relevancia al reflexionar acerca de la prostitución. El numeral 1 de dicho artículo establece que la Constitución asegura a todas las personas "el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona". Por su parte, en el numeral 7 se asegura a todas las personas la libertad personal y la seguridad individual, en virtud esto, "nadie puede ser privado de su libertad personal ni esta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes" (artículo 19 Nº 7, literal b), agregando posteriormente que "nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal". El numeral 21 asegura "el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen"[23].

También los derechos económicos, sociales y culturales juegan un rol central en esta materia, especialmente en un contexto en que la mayoría de las mujeres/travestis/trans en situación de prostitución se encuentran en una situación de precariedad económica y social. El artículo 19 Nº 9 asegura a todas las personas el "derecho a la protección de la salud", mientras que el Nº 16 garantiza "la libertad de trabajo y su protección". La Constitución señala que toda persona tiene derecho a la libre elección de su trabajo y que "ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así"[24]. Las causales de limitación de derechos son de interpretación estricta y de regulación legal, ya que operan a contramano del principio general, por lo que la moral como causal de restricción de derechos, si bien está comprendida en los principales tratados internacionales, es un concepto amplio cuya aplicación debe justificarse para descartar cualquier limitación arbitraria que la termine utilizando como una cláusula abierta e

22 Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo), complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 3.a).

23 Ver: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 89-1995; y Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 6187-2004.

24 Este conjunto de normas constitucionales mencionadas han sido, en su mayoría, analizadas por el Tribunal Constitucional (TC). Así, respecto del concepto de dignidad del artículo 1 de la CPR, ha señalado que "el ser humano, independientemente de su edad, sexo o condición particular, es acreedor siempre a un trato de respeto". Tribunal Constitucional, Rol 740, 18 de abril de 2008, considerando 47º. En relación con el libre ejercicio de la profesión u oficio y sus limitaciones establecidas en la CPR, el TC ha sido claro en que el artículo enumera "taxativamente las causales por las cuales puede impedirse realizar una actividad laboral, con lo que excluye así toda posibilidad de que autoridad alguna pueda, sobre la base de otros fundamentos, prohibir la libertad de trabajo. Únese a esta precaución constitucional el hecho de que el constituyente permita que solo el legislador pueda impedir una clase de trabajo, imposibilitando, de esta manera, que una autoridad ajena a la función legislativa pueda adoptar una decisión de esta trascendencia". Tribunal Constitucional, Rol 804, 28 de diciembre de 2007, considerando 30º.

indeterminada. Sobre este aspecto, preocupa al INDH que el ejercicio de la actividad pudiera quedar preferentemente relegado a la normativa reglamentaria como las ordenanzas municipales y sanitarias[25].

A nivel legal general encontramos la Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud ("Ley de derechos y deberes del paciente"). Su contenido tiene una importancia evidente para las personas en situación de prostitución, quienes son usuarias permanentes de hospitales y centros de salud. La Ley establece en su artículo 2 que "toda persona tiene derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes". Entre los derechos específicos está el recibir un trato digno en los establecimientos de salud, lo que implica que "en su atención de salud las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia" (artículo 5). Ello incluye, entre otras cosas, "velar porque se utilice un lenguaje adecuado e inteligible durante la atención" (literal a) y "respetar y proteger la vida privada y la honra de la persona durante su atención de salud" (literal c). Además, "toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional" (artículo 10). Asimismo, la ley establece la reserva de la información contenida en la ficha clínica de el/la paciente (artículos 12 y 13).

En cuanto a legislación específica respecto de personas en situación de prostitución, el Código Sanitario[26] establece en su artículo 39 que un reglamento establecerá "las condiciones en que se podrá examinar, obligar a tratarse o internar para su curación a las personas que se dediquen al comercio sexual y a las que estén afectadas de males venéreos que constituyan una amenaza para la salud pública". Dicho Reglamento está contenido en el Decreto 206 de 2005 sobre Infecciones de Transmisión Sexual (ITS), cuyo artículo 9 dispone que los servicios de salud deben disponer "de horas para la atención de salud sexual de personas con conductas de riesgo, entre las que se incluyen las que declaran voluntariamente el ejercicio del comercio sexual". Dicha asistencia al "control de salud sexual será voluntaria y estará sujeta a la confidencialidad establecida en el presente reglamento". Agrega el artículo 10 que "el establecimiento de salud que brinde atención de salud sexual a trabajadores(as) sexuales deberá llevar una estadística sanitaria del número de personas en control de manera periódica"[27].

La Norma General Técnica 103 del Ministerio de Salud de Manejo y Tratamiento de Infecciones de Transmisión Sexual[28] establece que las Unidades de Atención y Control de Salud Sexual (UNACSESS) serán las encargadas de llevar a cabo el control de salud sexual para las personas en situación de prostitución. Dicho documento define este control como uno de carácter "biopsicosocial, periódico, que se ofrece a las personas que ejercen el comercio sexual, dirigido hacia aspectos relacionados con la salud sexual y reproductiva y la mantención de condiciones saludables, con especial énfasis en la detección, tratamiento precoz de las ITS, así como en su prevención" (Ministerio de Salud, 2008, p. 38). En dichos controles se le realizan, entre otros, un examen clínico general (piel, mucosas), un examen clínico segmentario (boca y garganta, mamas, ano, vulva y vagina), orientación general respecto del control de salud sexual y se les entrega condones.

25 Al respecto, ver el Dictamen 040874N06, del 30.8.2006, de la Contraloría General de la República.

26 Señala el artículo 1 del Código Sanitario que su objeto es regir "todas las cuestiones relacionadas con el fomento, protección y recuperación de la salud de los habitantes de la República, salvo aquellas sometidas a otras leyes".

27 El INDH mediante oficio Nº 453, de fecha 18 de agosto de 2015, reiterado mediante oficio Nº 527 de fecha 17 de septiembre de 2015 solicitó al Ministerio de Salud información estadística acerca de dichos controles en los servicios de salud. No obstante, hasta la fecha de cierre de este Informe, y pese a contactos telefónicos, no se obtuvo respuesta a tal requerimiento.

28 Aprobada por Decreto Exento Nº 424 de 17 de julio de 2008.

Por su parte, el Decreto Exento N° 6 (2010) del Ministerio de Salud dispone la vacunación obligatoria contra enfermedades inmunoprevenibles para la población del país. En la modificación realizada en 2014 mediante el Decreto 1153 Exento de la misma repartición se amplió la cobertura de la inmunización contra la Hepatits B a "Personas con VIH+ y trabajadores/as sexuales, con indicación médica, sin vacunación previa"[29].

Si se atiende a las normas antes citadas, la regulación de la prostitución está dada a propósito del tratamiento de Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS). La concepción regulatoria en esta materia entiende la prostitución como un problema de salud, y no bajo una óptica integral, donde la preocupación del Estado no sea únicamente los riesgos de enfermedades, sino que piense en la persona que ejerce la prostitución o que es prostituida como titular de derechos en un sentido amplio.

El Código Sanitario también establece que "para las personas que se dedican al comercio sexual, se llevará una estadística sanitaria, no permitiéndose su agrupación en prostíbulos cerrados o casas de tolerancia" (artículo 41). El inciso segundo agrega que "la vigilancia del cumplimiento de este artículo corresponderá a las Prefecturas de Carabineros, las que deberán ordenar y llevar a efecto la clausura de los locales en que funcionan dichos prostíbulos". Así, la norma limita su actuar a prohibir el funcionamiento de prostíbulos.

Según información proporcionada por Carabineros de Chile, entre enero de 2010 y junio de 2015 se han clausurado 444 prostíbulos, de estos, 389 (87,6%) estaban ubicados en la Región Metropolitana. De las 1.098 personas detenidas en estos procedimientos, 752 son mujeres (68,4%)[30]. Las estadísticas sugieren que, en dichos casos, la carga de la persecución estatal ha recaído en las mujeres, lo que refiere a uno de los principales cuestionamientos por parte de las organizaciones de derechos de las mujeres. Al respecto, la Corte IDH ha sido clara en señalar que "la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer"[31].

Una de las pocas referencias normativas en materia de personas trans se encuentra en la Circular N° 21 del 14 de junio de 2012 del Ministerio de Salud que reitera instrucción respecto de la atención de personas trans en la Red Asistencial. En su punto 1 plantea que "los establecimientos de atención primaria y de especialidades que brinden atención de salud a personas trans deben considerar siempre el uso del nombre social y el género (masculino o femenino) con el cual dicha persona se identifica (independiente del nombre legal".

Finalmente, el Código Penal (CP) establece como una falta, castigándola con una multa de una Unidad Tributaria Mensual (U.T.M.) "el que infringiere los reglamentos de la Policía en lo concerniente a quienes ejercen el comercio sexual" (artículo 495 N° 7). El INDH solicitó a Carabineros copia de dichos reglamentos como también estadística acerca de las infracciones cursadas en virtud de este artículo. Acerca del primer punto Carabineros informó la existencia de dos regulaciones: la Circular 1.738 (de julio de 2012) que imparte instrucciones relativas a las peores formas de trabajo infantil (P.F.T.I.), delitos sexuales, niños, niñas y adolescentes en la calle y otras y la Orden general 1.998 (de marzo de 2011) que aprueba el "Manual de funciones profesionales de Carabineros de Chile, procedimientos policiales", donde consta un procedimiento ante la "facilitación a la prostitución de menores de edad". Como se observa, ambos instrumentos no constituyen reglamentos propiamente tales y no versan sobre la materia exigida por el CP, ya que tienen directa relación con explotación sexual de niños, niñas y adolescentes y no con personas adultas en situación de prostitución[32]. En cuanto a estadísticas sobre esta materia, Carabineros informó que "no existe estadística elaborada sobre esta materia"[33].

29 Decreto 1153 Exento del Ministerio de Salud, de fecha 11 de diciembre de 2014, art. 1.

30 Carabineros de Chile, Oficio N° 107 en respuesta al INDH, 6 de octubre de 2015, punto 2.

31 Corte IDH, Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 401. La Corte IDH, en el mismo párrafo citado, señala que "el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente".

32 Es necesario advertir que no corresponde hablar de prostitución infantil, cuestión prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos. En cuanto a niños, niñas y adolescentes el término es explotación sexual.

33 Carabineros de Chile, Oficio N° 107 en respuesta al INDH, 6 de octubre de 2015, punto 4.

En cuanto a la trata de personas con fines de explotación sexual, el INDH ha valorado la promulgación en el 2011 de la Ley 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Sin perjuicio de esto, también ha relevado la necesidad de adecuar la norma migratoria vigente (DL 1.094 de 1975) a los estándares de derechos humanos, en tanto no responde a las necesidades del escenario actual.

SITUACIÓN EN CHILE

Las personas en situación de prostitución son titulares de derechos humanos que el Estado debe respetar, garantizar y proteger con especial atención, debido a su condición de grupo vulnerado. Como ya se planteó, el cómo hacerlo se refleja de modos diferentes según las diversas posiciones acerca del tema. Por ejemplo, en los últimos años tanto autoridades como organizaciones de personas en situación de prostitución han venido levantando propuestas para la creación de sectores dedicados o "barrios rojos" en diversos municipios como Santiago, Providencia, Las Condes, Viña del Mar e Iquique, lo que ha abierto el debate sobre sus eventuales beneficios e inconvenientes, sin concretarse aún ningún espacio de estas características en el país.

Si bien existen, a nivel regional e internacional, robustos debates y organizaciones que plantean tanto la necesidad de definir la prostitución como un acto de explotación, promover su prohibición, y frenar la expansión de la "industria del sexo", como la necesidad de regular esta actividad y entenderla como una forma de trabajo, estas posiciones no tienen un correlato equivalente en el país[34]. A nivel nacional, las organizaciones de la sociedad civil, incluidas las feministas, tienden a posicionarse, si bien con matices, a favor de una regulación de los diferentes aspectos involucrados en la prostitución, concibiéndola como una forma de trabajo[35]. De este modo, las entrevistas realizadas por el INDH, y a las que se hace referencia a continuación, no dan cuenta de los requerimientos en este ámbito de quienes conciben la prostitución como explotación.

Dicho eso, mediante la información recogida por el INDH, se plantean tres problemas en este ámbito en el país, los que son reivindicados principalmente por mujeres y trans: la ausencia de una legislación integral, obstáculos en el acceso a la salud y violencia social e institucional hacia las personas en situación de prostitución. En el análisis de cada una se apreciará que están en juego los derechos humanos ya mencionados y recogidos tanto por los estándares generales como de los específicos.

AUSENCIA DE UNA LEGISLACIÓN INTEGRAL

Un primer problema es la falta de una regulación jurídica que aborde esta materia de forma integral. Para la Fundación Margen –organización dedicada a la defensa de los derechos humanos de las trabajadoras sexuales–, "disponer de un marco de garantías para las mujeres que decidimos ejercer este trabajo redundará en una mejora en nuestra calidad de vida, ayudará a que dejemos de padecer estigma, discriminación, persecución y marginación y contribuirá a que nuestras sociedades sean más incluyentes e igualitarias" (Fundación Margen, 2015, pág. 1), agregando que "si el trabajo sexual se ejerce en ese ámbito (está aceptado y existe, pero no está regulado) las mujeres que lo hacemos padecemos una serie de desventajas en comparación con quienes realizan otros trabajos. No podemos aportar a la seguridad social como trabajadoras sexuales, ni jubilarnos como tales. Si un cliente no paga un servicio no podemos

34 A nivel internacional existen organizaciones que plantean la penalización de la oferta y la demanda, poniendo la carga punitiva no solamente en la persona en situación de prostitución, sino también en los clientes y proxenetas. Entre estas organizaciones se encuentran la Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres (CIMTM) de España, la Plataforma de Organizaciones de Mujeres por la Abolición de la Prostitución, la Coalición Internacional contra el Tráfico de Mujeres (CATW) y la Coalición Internacional Abolicionista de la Prostitución (CAP). Por su parte, entre los países que han tipificado como delito la demanda de servicios sexuales se encuentran Suecia, Noruega, Finlandia e Islandia.

35 ONG Raíces constituiría una excepción. Esta tiene como misión "Contribuir al desarrollo integral, creativo y autónomo, de mujeres, niños/as y adolescentes a través del fomento de la educación y la reflexión permanente de su realidad, para que adquieran mayor conciencia de sí mismos/as y de su medio, de manera de intervenir organizadamente en éste, previniendo diversos riesgos psicosociales y/o asumir un rol protagónico en la transformación de su realidad más cercana, para hacerla más digna y humana". Es importante recordar que, en el caso de niños/as y adolescentes, el derecho internacional de los derechos humanos considera la prostitución como explotación sexual infantil, condenándola sin excepción en toda circunstancia.

exigir el pago judicialmente. No podemos demostrar nuestros ingresos, por lo que no contamos con garantías para alquilar viviendas, o para acceder a créditos [.]" (Fundación Margen, 2015, pág. 7).

Para Herminda González, presidenta de la Fundación, la necesidad de una ley se explica en que la vida laboral de una trabajadora sexual "es muy corta, porque después de los 30 [años] ya no puedes ejercer el trabajo sexual en un lugar cerrado donde hay un patrón. Las compañeras se van a la calle, a los privados a trabajar en malas condiciones y a estar bajo la norma de lo que dice el dueño, de lo que dice el locatario"[36].

Así, la ley tendría un sentido político, cual es, reconocer este ámbito como una realidad que existe y que amerita ser regulada de manera especial y acorde a determinadas características. La falta de regulación incentiva la clandestinidad, reafirmando la vulnerabilidad y limitando la capacidad del Estado para proteger los derechos humanos. No obstante dicha necesidad, de los actuales proyectos de ley en tramitación, no existe ningún mensaje o moción que tengan por objeto regular de manera integral esta materia[37].

La falta de regulación actual obliga a las personas en situación de prostitución a disfrazar su realidad de manera de exigir, indirectamente, sus derechos. En ese sentido, una legislación específica parece ser un primer paso para que el Estado comience a crear condiciones de vida digna para las personas en situación de prostitución.

Para Victoria Yáñez, quien se define como trabajadora sexual trans, si bien la ley es una necesidad, plantea además que "aquí los cambios tienen que ser culturales y eso es lo difícil. Estamos cambiando, las generaciones de ahora vienen con otra mentalidad, pero igual falta"[38]. En la misma línea, Zuliana Araya Gutiérrez, Presidenta del Sindicato Afrodita de Valparaíso, primera concejala trans de la misma municipalidad y quien estuvo en situación de prostitución por 33 años, agrega que "nosotras queremos políticas públicas, donde se nos reconozca con nombre de mujeres, que tenemos una identidad de género, que seamos respetadas y podamos buscar trabajo"[39].

ACCESO A LA SALUD SIN DISCRIMINACIÓN

Para las personas en situación de prostitución la importancia de que se les garantice el ejercicio del derecho a la salud es central, tanto por los riesgos asociados a la naturaleza de la actividad como por la violencia social e institucional a la que están expuestas.

En ese sentido, el acceso a los servicios de salud –dimensión protegida por el derecho internacional de los derechos humanos[40]– resulta fundamental para este grupo vulnerado. No obstante, se han detectado prácticas de discriminación y hostigamiento hacia las prostitutas principalmente en centros públicos de salud. Nancy Gutiérrez, quien forma parte de la Fundación Margen y que cumple el rol de acompañante a la hora de realizarse el control de salud, comenta que la situación del acceso a la salud, en especial de las migrantes, "es muy complicada porque las compañeras quisieran ir a un consultorio normal y [que] las atiendan normalmente, [pero] ellas tienen miedo al entrar al centro de salud sexual por las miradas [.] Los civiles no te van a decir ´ah, ahí va una trabajadora sexual´, sino ´mira ahí van las putas que se van a controlar al centro de ITS´. Entonces igual ellas tienen miedo al maltrato, porque las maltratan del principio, de llegando ya, ellas van con su voluntad a controlarse y ya le ponen trabas, de que tienen que tener carnet de identidad al día, chileno […] o sino pasaporte al día y así no las atienden, entonces ellas tienen toda la voluntad de querer ir porque ellas quieren tratarse y verse". Agrega que el trato discriminatorio se evidencia en que "cuando van solas les dan hora para dos

36 Entrevista realizada el 9 de septiembre de 2015.

37 Existe información sobre dos proyectos. Uno es el Boletín 2608-11, presentado el 2000 que establece un marco sobre derechos sexuales y reproductivos y actualmente está en primer trámite constitucional. El segundo es el Boletín 6647-07, de 2009, que Penaliza el comercio sexual ejercido en saunas, casas de masajes y prostíbulos, sancionando a los proxenetas y regentes, y estableciendo la responsabilidad de los propietarios de los inmuebles donde se ejerce el comercio sexual.

38 Entrevista realizada por el INDH el 5 de noviembre de 2015.

39 Entrevista realizada por el INDH el 5 de noviembre de 2015.

40 El Comité DESC ha planteado en cuanto a la accesibilidad en materia de salud que "los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos". Comité DESC, Observación General Nº 4, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 2000, párr 12.b.

meses más[.] Cuando van conmigo cambia el trato y todo porque ahí la atienden al tiro, le hacen los exámenes y todo, las inscriben y quedan ya atendidas y citadas para los resultados, entonces cambia el trato"[41]. A lo anterior sumó hechos como que les prohibirían ir a hacerse el control de salud acompañada de sus hijos/as o que las tildarían de "borrachas".

Según el estudio de RedTraSex, el 67,7% de las encuestadas señalaron que se atienden lejos de donde viven para que en su barrio o en su casa no sepan que son trabajadoras sexuales; 55,4% señaló que se atendió lejos de donde realiza su actividad como trabajadora sexual para evitar que lo sepan en el servicio; y "una de cada cuatro entrevistadas no quiso ir al hospital o servicio de salud para no tener que dar explicaciones acerca de su actividad (24,6%) y/o sintió hostilidad por parte del personal administrativo del servicio de salud (24,6%)" (RedTraSex, 2013, pág. 6). El acceso a estos servicios de salud públicos es relevante, especialmente considerando que es uno de los lugares más frecuentados por las personas que se prostituyen o que son prostituidas para conseguir preservativos (RedTraSex, 2013, pág. 7).

En cuanto a la realidad trans, un elemento que inhibe el acceso a los centros de salud es si existe o no un respeto por el nombre social. Tal como comentó Yáñez, "el equipo de salud no pierde la oportunidad de que cuando llega una chica por primera vez [al centro de salud para controles de ITS] lo ideal es que la conquisten para que la chica vuelva porque antes era que la gente te impulsaba a que no fueras a control porque te llamaban por tu nombre legal. Una chica femenina […] que la llaman a viva voz *Carlos Pérez,* obviamente que todo el mundo se da vuelta a ver quién es, entonces las chiquillas nunca más iban porque era un trato discriminatorio".

Es deber del Estado remover todos los obstáculos que impidan garantizar un derecho, en este caso, a la salud. Por tanto, en este campo, las medidas a adoptar debieran abarcar desde la capacitación al personal de la salud hasta el desarrollo de campañas para erradicar los estereotipos existentes que inhiben el acceso al servicio.

41 Entrevista realizada el 9 de septiembre de 2015.

VIOLENCIA SOCIAL E INSTITUCIONAL

De acuerdo con los estudios disponibles en este ámbito[42] y los testimonios recogidos por el INDH, las personas en situación de prostitución suelen estar expuestas a abusos por parte de las fuerzas de orden y seguridad, las que se dan con mayor frecuencia, si bien no exclusivamente, en el marco de las clausuras de prostíbulos como en los controles de identidad cuando están en la calle. Para la Fundación Margen, "las fuerzas de seguridad nos persiguen, detienen, allanan y hasta clausuran nuestros domicilios particulares, ejerciendo una violencia inaceptable hacia nosotras y consecuentemente hacia nuestras familias" (Fundación Margen, 2015, pág. 5).

En una entrevista realizada por el INDH a una mujer centroamericana que ejerce la prostitución, fue posible conocer experiencias de detenciones ilegales. Según su testimonio, Carabineros "sí nos llevaban mucho detenidas, […] todavía se llevan a las compañeras, pero hace como dos años eso era todos los días, hasta dos veces al día nos llevaban al destacamento, a la comisaría y nada más, nos preguntaban los nombres, nos dejaban hasta dos, tres, cuatro horas, encerradas, [solo] por gusto", agregando que "la primera vez que me llevaron a mí yo venía bajando de mi casa […] y veo que vienen esos civiles con todas esas mujeres y yo les pregunto ¿ustedes para dónde van? Y me dice "venga usted también" pero yo ni siquiera iba a trabajar"[43].

En un estudio de 2012, encargado por la RedTraSex y desarrollado por Carlos Aguilar, se señala que a la policía "se les reconoce, por parte de las MTS [Mujeres Trabajadoras Sexuales], como violadores de los derechos de las mujeres, ya

42 En un reciente estudio publicado por la OMS se afirma que "las personas trabajadoras del sexo pueden enfrentarse a la violencia por parte de personal militar, los policías de frontera, funcionarios de prisiones y, en mayor medida, por parte de la policía" (Organización Mundial de la Salud, 2015, p. 24). Ver además, Daich y Sirimarco, Policías y prostitutas: el control territorial en clave de género, Año XII Nº XVII- Diciembre de 2014-ISSN 0327-6627-ISSN (en línea) 2250-7671; Foucault, M. (2006). Seguridad, territorio, población: curso en el Collège de France, 1977-1978. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica; Sain, M. (2010). La policía, socio y árbitro de los negocios criminales. Le monde Diplomatique, Nº 133, p. s/d.; Tiscornia, S. (2004). Entre el honor y los parientes. Los edictos policiales y los fallos de la Corte Suprema de Justicia. El caso de 'las Damas de la calle Florida' (1948-1957). En S. Tiscornia (Comp.), Burocracias y violencia. Estudios de antropología jurídica (pp.13-63). Buenos Aires: Antropofagia.

43 Entrevista desarrollada el 5 de octubre de 2015. La persona entrevistada solicitó mantener su anonimato.

que exigen la libreta sanitaria cosa que según la normativa actual ya no es legal" (Aguilar, 2012, pág. 14)[44].

Solicitada la información a Carabineros respecto de denuncias por abuso policial hacia prostitutas desde enero de 2010 a junio de 2015, dicha institución informó que se practicó una investigación en el 2012 "en contra de determinado personal de Carabineros. Con fecha 03.07.2013 se resolvió […] aplicar medidas disciplinarias pertinentes al personal involucrado"[45]. La respuesta no contenía ni los hechos que motivaron la acusación, ni cuál fue la sanción específica aplicada, ni la cantidad de funcionarios involucrados, por lo que no es posible hacer un análisis en detalle.

Para las personas trans en situación de prostitución, una de las entrevistadas nos comentó que el ambiente en la calle "conlleva a tener muchos problemas porque eres nueva y también se ejerce una violencia entre las mismas compañeras [trans], porque no quieren más competencia y cuando la persona se ve atractiva le hace una guerra para que esa persona se vaya o se corra de esas calles que ellas ya las tienen de ellas, como su territorio [.] Te querían pegar, que córrete de aquí y son personas que vienen de Santiago, de otras ciudades y se toman las calles. Son matonas, usan armas blancas". En este sentido, para ella haberse operado fue fundamental para no verse expuesta a esos hechos, ya que la violencia principal se daría entre prostitutas trans no operadas, dada la mayor demanda en su ciudad. Así, su testimonio continúa: "tras la operación es muy diferente porque hay muchos clientes que buscan trans que tengan pene y de repente a mí me paran y dicen ´¿tú eres trans?´, Sí [responde], Ah no, ando buscando personas trans que no sean operadas"[46]. Complementando lo anterior, Zuliana Araya se refirió a la violencia por parte de los clientes. Según Zuliana, "lo que pasa es que a veces una compañera va como mujer y el cliente la descubre y ahí empieza todo, las agresiones, los ataques homofóbicos [.] A veces [la violencia proviene del] cliente que les gusta y es con ellos, pero después [del servicio sexual] se desquitan, pasan el momento y se desquitan […] las dejan botada, no les pagan"[47].

Sumado a lo anterior, en las entrevistas surgió el tema de la violencia penitenciaria, principalmente hacia las personas privadas de libertad trans, la cual según Victoria Yáñez, "es una violencia súper fuerte que viven las compañeras trans dentro de los recintos penitenciarios y súper marcada". Agrega que desde su organización "luchamos […] para que salieran circulares para que las chicas se pudieran pintar, pudieran andar con su género, expresar su género, porque adentro las tratan de *caballos culiaos*, *maricones culiaos*. Hay una discriminación y una violencia verbal súper fuerte que se ejerce en los recintos penitenciarios"[48].

Sobre el Estado pesa la obligación de prevenir, investigar, sancionar la violencia de género y todo acto que atente contra la integridad física y psíquica o la vida de las mujeres, principalmente aquellas más vulneradas y expuestas a un mayor riesgo.

TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

En los últimos años Chile se ha convertido gradualmente en un país de origen, tránsito y destino de trata de personas con fines específicos de explotación sexual y trabajo forzado, situación que ha enfrentado al Estado a un nuevo escenario y ha requerido medidas para su prevención y persecución penal, así como para brindar protección y reparación a sus víctimas.

Desde el 2010 el INDH ha analizado la situación de la trata de personas en Chile, detectando diversos ámbitos que fueron identificados como problemáticos.

Una primera dificultad se refirió a la necesidad de generar información, pues "[l]os pocos datos que existen están muy distantes de poder establecer la real magnitud del problema en Chile. Sin embargo, las investigaciones policiales muestran que la Trata existe, y confirman la acción de mafias dedicadas a la comisión de este delito en el país. Además de las víctimas que han sido trasladadas a Chile bajo engaño o

44 En efecto, la libreta sanitaria se transformó en voluntaria con la publicación del Reglamento sobre Infecciones de Transmisión Sexual (Decreto 206 de 2005).

45 Carabineros de Chile, Oficio Nº 107 en respuesta al INDH, 6 de octubre de 2015, punto 3.

46 Entrevista realizada por el INDH el 5 de noviembre de 2015.

47 Entrevista realizada por el INDH el 5 de noviembre de 2015.

48 Ibídem.

coacción, es importante visualizar el riesgo en la población migrante –particularmente niños y niñas, jóvenes y mujeres– como consecuencia de sus precarias condiciones de vida y la desprotección estatal. El INDH en su Informe de derechos humanos 2010 advirtió respecto de la necesidad de producir información y realizar investigaciones acerca del problema" (INDH, 2011, pág. 219). La cuestión de subregistro no solo se explicaría por la falta de una norma que permitiera la tipificación del delito antes del 2011, sino también porque las víctimas no suelen denunciar "en virtud de limitaciones a su libertad y/o temor a sanciones por incumplimiento de la legislación migratoria" (INDH, 2012, pág. 167).

En el ámbito de las políticas públicas se ha valorado el trabajo de la Mesa Intersectorial sobre Trata de Personas[49], el que es necesario para prevenir la ocurrencia de descoordinaciones a nivel intersectorial.

En relación con el proceso judicial, se señaló que "ante situaciones como la trata y tráfico de personas, la acción individual de un Estado puede no ser suficiente para desarticular las redes de criminalidad organizada que sustentan estos crímenes y dar la debida protección a las víctimas. El Estado chileno debe, por tanto, llevar adelante iniciativas que permitan establecer puentes de cooperación con otros Estados, la sociedad civil organizada y, en general, con la comunidad internacional. Solo de esta forma podrá visibilizar las complejas aristas que rodean este delito para cumplir cabalmente con la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos" (INDH, 2012, pág. 167). A esto se suman la adecuada atención a las víctimas, para ello es "indispensable que exista personal especializado en este tipo de delitos que pueda aclarar a los tribunales los procesos a que son sometidas las víctimas que, entre otros, las lleva a retractarse de sus declaraciones, además de garantizar los recursos financieros que posibiliten la adecuada protección y apoyo a las personas afectadas (entre estos, servicios de traducción)" (INDH, 2013, pág. 158).

En el marco del examen realizado al Estado en 2012, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer manifestó entre sus Observaciones Finales que: "Si bien observa con satisfacción las iniciativas legislativas e institucionales del Estado parte para luchar contra la trata de mujeres y niñas, el Comité manifiesta profunda preocupación porque, al parecer, no se adoptan medidas preventivas para atajar las causas de fondo de la trata ni existen mecanismos de identificación de las víctimas que faciliten la aplicación de la nueva legislación y la rehabilitación, la protección y el ofrecimiento de lugares de acogida temporal de las mujeres y niñas víctimas de la trata. Además, preocupa al Comité la insuficiente información sobre el alcance de la trata de mujeres y niñas, en particular la trata interna de zonas rurales a urbanas, y la falta de información sobre el fenómeno de la explotación de la prostitución en el Estado parte"[50].

Al respecto, el Comité recomendó que el Estado: "a) Haga más esfuerzos para aplicar la nueva legislación sobre la trata, particularmente en lo concerniente a la investigación, el procesamiento y el castigo de los que se dedican a ella, y proporcione información al respecto en su próximo informe periódico; b) Asegure la supervisión sistemática y la evaluación periódica de la aplicación de la nueva legislación, lo que incluye la reunión y el análisis de datos sobre la trata interna y transfronteriza, así como sobre la explotación de las mujeres en el marco de la prostitución, e incluya tales datos en su próximo informe periódico; c) Establezca mecanismos efectivos de remisión e identificación de las víctimas de la trata; d) Proporcione formación sistemática a los miembros de la judicatura, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y de vigilar las fronteras y los trabajadores sociales para asegurar la aplicación rigurosa de las nuevas disposiciones penales pertinentes y el procesamiento y el castigo de quienes se dedican a la trata, e informe sistemáticamente a las víctimas de sus derechos durante las actuaciones judiciales; e) Aumente el número de centros de acogida temporal públicos para mujeres y niñas víctimas de la trata y proporcione a unas y otras protección y asistencia adecuadas que incluyan programas de rehabilitación y reinserción sociales; f) Intensifique la labor de cooperación internacional, regional y bilateral con los países de origen, de tránsito y de destino para prevenir la trata mediante el intercambio de información, y armonice los procedimientos

49 Para conocer más acerca del trabajo de la Mesa Intersectorial sobre Trata de Personas, consultar el apartado de "Institucionalidad democrática y derechos humanos" del presente Informe Anual.

50 CEDAW/C/CHL/CO/5-6, párr. 22.

legales para el procesamiento y el castigo de quienes se dedican a la trata"[51].

Por último, es importante mencionar que desde la entrada en vigencia de la Ley 20.507, el INDH ha interpuesto cuatro querellas por trata de personas con fines de explotación sexual. Las dos primeras, presentadas en 2012, han sido acogidas favorablemente por los tribunales[52]; mientras que las dos últimas, ambas del 2015, se encuentran aún en tramitación[53]. Los casos de este año corresponden, por un lado, a mujeres de origen coreano que eran engañadas para que accedieran a viajar a Chile y, una vez en el país, les quitaban sus pasaportes y las coaccionaban para ejercer la prostitución en un bar en Recoleta. El otro caso se refiere a mujeres venezolanas captadas para ejercer labores de promotora y *escort*, quienes finalmente eran explotadas sexualmente en departamentos del sector oriente de Santiago.

51 CEDAW/C/CHL/CO/5-6, párr. 23.

52 Estas causas corresponden al caso "Dominicanas", RUC 1100440193-1; y al caso "Colombianas", RUC 1200922694-8.

53 Estas causas corresponden al caso "Coreanas", RUC 1401033682-2; y al caso "Venezolanas", RUC 1401094790-2.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, C. (2012). *Trabajadoras del Sexo en Latinoamérica y el Caribe trabajando para crear alternativas que disminuyan su vulnerabilidad al VIH: una estrategia regional para un verdadero impacto.* Capítulo Chile. RedTraSex.

Canales, P. (2005). *La regulación de la prostitución en la legislación comparada*. Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago.

Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (2010). *Sexualidad y Derechos Humanos*. Suiza.

Fundación Margen (2015). *5 razones por las cuales el trabajo sexual debe ser regulado.*

Ministerio de Salud (2008). *Normas de Manejo y Tratamiento de Infecciones de Transmisión Sexual.*

Olsen, F. (1990). El sexo del derecho. *The Politics of Law,* 452-467.

Organización Mundial de la Salud (2015). *Implementación de programas integrales de VIH/ITS con personas trabajadoras del sexo: enfoques prácticos basados en intervenciones colaborativas.*

RedTraSex (2013). *Estudio sobre estigma y discriminación en los servicios de salud a las mujeres trabajadoras sexuales en América Latina y el Caribe.*

5

Territorios y derechos humanos

1. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN
2. RELACIONES INTERCULTURALES Y DERECHOS HUMANOS





DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

Fotografía: Enrique Cerda



DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

1

ANTECEDENTES

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación ha sido una preocupación constante para el INDH, considerando su análisis en la mayoría de sus Informes Anuales[1]. Al respecto, en 2012 recalcó que "Chile es un país que aspira al desarrollo y para ello debe buscar maneras sustentables de lograrlo, cumpliendo con las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos y sin empeñar el bienestar de su población" (INDH, 2012, pág. 243).

Hay varios hechos que denotan la relevancia del derecho a un medio ambiente libre de contaminación en la agenda pública nacional actual. Entre ellos, el aumento de los conflictos territoriales (requiriendo en algunos casos el desarrollo de misiones de observación[2] por parte del INDH), y la adquisición de compromisos[3] por parte del Estado –en tanto signatario de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[4] y del Protocolo de Kyoto[5]– para enfrentar los efectos nocivos que el calentamiento global está teniendo sobre los ecosistemas y el bienestar de las personas. Todo esto ha sido precedido por 18 años con relevantes cambios en este ámbito, signados por la puesta en marcha de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y a 5 años de la modificación de la institucionalidad ambiental dada por la Ley 20.417, que creó la Superintendencia del Medio Ambiente y tres Tribunales Ambientales, de ellos hay uno cuya implementación está pendiente[6].

Recientemente, el gobierno ha reconocido que "[l]a degradación ambiental, y específicamente del sistema climático, afecta con mayor intensidad a los sectores más vulnerables de la población y es, por ello, un factor de profundización de las desigualdades sociales. En consecuencia, es importante adoptar perspectivas que permitan contrarrestar dichos efectos, incluyendo la protección y promoción de todos los derechos humanos potencialmente afectados por este fenómeno" (Gobierno de Chile, 2015, pág. 7).

A esto se suma el resultado de la Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2015, donde el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación ocupa el segundo lugar entre los derechos percibidos como más vulnerados en el último año, con 20,3% de las menciones. Esto también fue relevado en la versión 2013 de la encuesta, donde este derecho obtuvo el 23,7% de las preferencias, lo que muestra la persistencia de esta preocupación.

Un hecho relevante del año en materia ambiental es la instauración, por parte del gobierno de la presidenta Bachelet,

1 Para mayor información, ver los Informes Anuales de 2011, 2012 y 2014.

2 Desde sus inicios el INDH ha desarrollado múltiples misiones de observación, entre estas se destacan "Puchuncaví-Quinteros-La Greda" (2011), "Freirina" (2012), Central Hidroeléctrica Los Aromos" (2014), "Valle del Choapa" (2015) y "Copiapó-Chañaral" (2015) por su vinculación con el derecho a un medioambiente libre de contaminación.

3 Estos serán comunicados en la Conferencia de las Partes COP21 de Paris, a desarrollarse entre el 30 de noviembre y el 11 de diciembre de 2015. La contribución nacionalmente determinada (INDC) de Chile se encuentra disponible en: http://www4.unfccc.int/submissions/INDC/Published%20Documents/Chile/1/INDC%20FINAL%20SEPT%202015.pdf

4 Ratificada el 22 de diciembre de 1994.

5 Ratificado el 26 de agosto de 2002.

6 El INDH ha expresado su preocupación por el hecho de que aún no se implemente el Primer Tribunal Ambiental, con sede en Antofagasta y cuya competencia abarca desde la región de Arica y Parinacota hasta la región de Coquimbo.

de una Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Esta instancia pretende "analizar la estructura, procedimientos, mecanismos y herramientas vinculadas al SEIA y evaluar ajustes acorde con las exigencias actuales, con la finalidad de aumentar su eficiencia, confiabilidad y fortalecimiento como un instrumento de gestión ambiental de carácter preventivo, encauzando la evaluación ambiental a los principios inspiradores de la Ley N° 19.300, que genere las instancias para incorporar y evaluar, de manera integrada, la variable ambiental, incluyendo las dimensiones sociales y territoriales, en las distintas etapas del ciclo de vida de un proyecto, buscando con ello el fortalecimiento de la calificación ambiental de los proyectos". Si bien el INDH valora la creación de esta instancia y el mandato que se le ha otorgado, manifiesta su preocupación en relación con la ausencia de una representación equilibrada en ella de los distintos sectores involucrados en los procesos de evaluación de impacto ambiental, en particular de las organizaciones de la sociedad civil y de los pueblos originarios, a los fines de garantizar que sus conclusiones consideren las diversas perspectivas de la sociedad en una materia tan relevante[7].

El presente apartado analiza, desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos, tres proyectos de ley actualmente en discusión, y que son especialmente sensibles dada su vinculación con el ejercicio de derechos fundamentales y las disputas ambientales que se han suscitado en el último tiempo en el país: i) la reforma al Código de Aguas, ii) la protección de glaciares, iii) la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

7 Esta preocupación ha sido manifestada por algunas organizaciones de la sociedad civil, las que conformaron una Comisión Sindical Cívico Parlamentaria a objeto de analizar y realizar propuestas de mejoramiento en el contexto de la reforma del SEIA. Como parte de su documento diagnóstico, además del problema de representación, esta Comisión planteó como problemas el uso de un enfoque que beneficiaría a los inversionistas, la falta de consideración de las diversas realidades regionales y las capacidades de la institucionalidad ambiental y sectorial en los territorios, así como la necesidad de reformar el D.S. Nº 40 que regula la consulta indígena. El Documento Diagnóstico está disponible en: www.chilesustentable.net

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Si bien el derecho a un medio ambiente libre de contaminación se encuentra establecido en algunos tratados internacionales ratificados por Chile[8] así como en nuestra Constitución Política[9], la generalidad de los instrumentos vinculantes no lo reconoce explícitamente. De importancia fundamental para asegurar este derecho, sin embargo, es la Convención sobre Diversidad Biológica, ratificada por Chile en 1994, cuyo objetivo es "la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada"[10]. Para estos efectos, cada parte contratante "a) Elaborará estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica o adaptará para ese fin las estrategias, planes o programas existentes, que habrán de reflejar, entre otras cosas, las medidas establecidas en el presente Convenio que sean pertinentes para la Parte Contratante interesada; y b) Integrará, en la medida de lo posible y según proceda, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales"[11].

El INDH ha sostenido que "frente a los escasos instrumentos internacionales vinculantes que reconozcan al medio ambiente como un derecho humano, los órganos jurisdiccionales –como la Corte Interamericana y la Corte Europea

8 Art. 15 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo; art. 24.2 letra c) de la Convención de los Derechos del Niño de 1989; art. 11 del Protocolo de San Salvador.

9 El art. 19 Nº 8 establece "La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

10 Convenio sobre Diversidad Biológica, art.1.

11 Ibídem, art. 6.

de Derechos Humanos– han "enverdecido" (*greening*) ciertos derechos –como la vida, la salud o la vida privada y familiar–, o incluso han considerado justificado limitar ciertos derechos humanos –como a la propiedad– para la protección del medio ambiente" (INDH, 2011, pág. 163).

Desde esta perspectiva, la construcción del estándar normativo y del contenido del derecho es compleja. No obstante, hay al menos tres derechos que permiten comprender y evaluar la realización de este derecho: 1) el derecho de acceso a la información, 2) el derecho a la participación pública en la toma de decisiones, y 3) el derecho de acceso a la justicia, todos ellos, ejercidos en el ámbito de las políticas ambientales[12].

En concordancia con lo establecido por el INDH, el Experto Independiente sobre Medio Ambiente del Consejo de Derechos Humanos[13], Sr. John H. Knox, ha señalado que su protección se relaciona con dos grupos de derechos: "a) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente; y b) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales"[14]. De esta forma, denomina al primer grupo como "derechos sustantivos", donde incluye el derecho a la vida, a la salud y a la propiedad, entre otros; mientras que el segundo agrupamiento, aquellos "derechos procedimentales", queda conformado por el derecho a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo[15].

El impacto de la acción de las empresas en materia ambiental, así como la potencial afectación de derechos humanos por sus operaciones, también ha ido adquiriendo relevancia a nivel internacional desde la perspectiva de derechos humanos. La adopción de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos por parte de Naciones Unidas (2011) es una muestra de ello, aun cuando los mismos no tengan un carácter vinculante. Así, estos Principios proponen un marco para la acción que se basa en tres pilares: "a) [l]as actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) [e]l papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; c) [l]a necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento"[16].

Otra fuente de estándares de carácter voluntario la constituye el Pacto Global de Naciones Unidas (conocido también como *Global Compact*). Esta iniciativa internacional busca "implementar 10 principios universalmente aceptados para promover la responsabilidad social empresarial (RSE) en las áreas de derechos humanos, normas laborales, medio ambiente y lucha contra la corrupción en las actividades y la estrategia de negocio de las empresas"[17]. En particular acerca de derechos humanos, indican que las empresas "deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales, reconocidos internacionalmente, dentro de su ámbito de influencia"[18] y "asegurarse de que no son cómplices en la vulneración de los derechos humanos"[19]; mientras que en relación con el medio ambiente plantean que "[l]as empresas deben apoyar la aplicación de un criterio de precaución respecto de los problemas ambientales"[20], la necesidad de "[a]doptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental"[21] y "[a]lentar el desarrollo y la difusión de tecnologías inocuas para el medio ambiente"[22].

12 Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 13.1 sobre Libertad de Pensamiento y de Expresión, que incluye el derecho de acceso a información pública –ver Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006–, Arts. 8 sobre Garantías Judiciales y 25 sobre Protección Judicial; y Arts. 23 sobre Derechos Políticos y 16 sobre Libertad de Asociación.

13 Hoy el mandato pasó de Experto Independiente a convertirse en Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

14 Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox. 24 de diciembre de 2012, A/HRC/22/43, párr. 17. Informe preliminar.

15 Ibídem.

16 Naciones Unidas. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", A/HRC/17/31, Principios generales.

17 Establecido en https://www.unglobalcompact.org/.

18 Global Compact, principio 1.

19 Ibídem, principio 2.

20 Ibídem, principio 7.

21 Ibídem, principio 8.

22 Ibídem, principio 9.

PROPUESTAS NORMATIVAS

Las regulaciones en el ámbito de los recursos naturales (aguas, pesca, energía, minería, bosques y otros) constituyen, en ocasiones, parte del problema en los casos de vulneraciones de derechos humanos. Parte de esta legislación está siendo objeto de revisión en la actualidad. A continuación se analizan tres proyectos de ley en discusión, en virtud de su relevancia desde una perspectiva de derechos humanos.

PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS[23]

El INDH ya se ha referido a la importancia del agua para el goce y ejercicio de los derechos humanos. En el Informe Anual del 2013 ha sostenido que "[e]l agua es un elemento indispensable para la vida. Este vital recurso se ha vuelto escaso, entre otras causas, por el cambio climático y los procesos de desertificación asociados a este fenómeno, el aumento de la demanda con motivo de la explosión demográfica y el creciente requerimiento de la industria extractiva, minera, energética, de manufacturas y forestal" (INDH, 2013, pág. 207).

La tensión identificada en nuestro país entre la necesidad de procurar el agua para el consumo humano y para las actividades productivas tiene como nudo la regulación otorgada por el Código de Aguas de 1981. Por su parte, durante los casi 35 años de vigencia de esta norma el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha avanzado en otorgarle cada vez más relevancia al agua. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió en 2002 una Observación General reconociendo el derecho al agua como aquel que "se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia"[24]. A partir de esto, se afirma que el acceso al agua no solo es condición de la vida, sino que también de otros derechos, como el acceso a la alimentación, el acceso al trabajo o el de participar de la vida cultural, entre otros[25].

Durante el último tiempo se han presentado varios proyectos de reformas al Código de Agua, siendo el que más avanza –por contar con el impulso del Poder Ejecutivo– el proyecto contenido en el Boletín Nº 7543-12.

El proyecto comenzó mediante moción de diputados en 2011, contando con cuatro indicaciones sustitutivas de la Presidencia, una en 2014 y tres en 2015. El proyecto original ingresado por moción, de breve extensión, desarrolla la idea central de considerar que las aguas tienen finalidades diversas a las productivas, como funciones ambientales, de subsistencia, étnicas, productivas, escénicas, paisajísticas, sociales y de ordenamiento territorial[26]. Además, indica que será deber del Estado garantizar a la ciudadanía el acceso a dichas funciones. Esta concepción se aparta de la vigente en el Código de Aguas, que no le asigna funciones determinadas a las aguas, sino que, reconociendo que se trata de bienes nacionales de uso público, otorga un derecho de aprovechamiento a los particulares[27].

En cuanto al derecho de aprovechamiento, la moción le otorga a este derecho solamente finalidades productivas, estableciendo explícitamente que la Dirección General de Aguas (DGA), en su función de otorgar y supervisar estos derechos, debe resguardar las funciones escénicas, paisajísticas, ambientales, sociales y de ordenamiento territorial que poseen las aguas de fuentes naturales. Así, a la DGA se le dan potestades de limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, no solo para asegurar una cantidad, sino también para vigilar su calidad[28]. Es más, en el proyecto se dota a la DGA de poder para constituir reservas, de modo que particulares puedan obtener una concesión temporal, nueva figura en el Código, para el uso de las aguas en otras finalidades diferentes a las productivas[29].

23 Al momento de cierre de este informe, el proyecto que reforma el Código de Aguas se encuentra aprobado por la Comisión de Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía de la Cámara de Diputados, y ha sido despachado a la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural de la misma corporación para su análisis.

24 Comité DESC. Observación general Nº 15 (2002). El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 3.

25 Comité DESC. Observación general Nº 15 (2002)- El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 6.

26 Artículo 4º bis del proyecto original.

27 Artículo 5º del Código de Aguas vigente.

28 Artículo 5º bis 1 del proyecto original.

29 Artículo 5º bis 2 del proyecto original.

En 2014, la Presidencia ingresó la primera indicación sustitutiva[30], cambiando las bases que fundaban la moción. De esta forma, la indicación se estructuraba en los siguientes ejes principales[31]: (1) Los derechos de aprovechamiento ya no serán perpetuos, sino que tendrán una extensión de hasta 30 años renovables, caducando el derecho por no uso en un plazo de entre 4 a 8 años. (2) Se otorga la facultad al Estado de limitar el ejercicio del derecho de aprovechamiento en función del interés público. (3) El uso para consumo humano y para saneamiento serán prioritarios, prevaleciendo sobre otros usos y siendo fundamento de limitaciones a derechos ya otorgados. (4) Se podrán crear reservas, pero solo para funciones de subsistencia. (5) Se permite a los Comités de Agua Rural constituir derechos de agua excepcionalmente para consumo humano, aun cuando no se estén otorgando derechos de agua para otras finalidades. (6) Se prohíben los derechos de aprovechamiento en Parques Nacionales y Reservas Vírgenes, y se restringe en otro tipo de áreas protegidas. (7) Se aumentan las potestades de la Dirección General de Aguas para reducir los derechos de aprovechamiento ya constituidos.

La segunda indicación sustitutiva[32], ingresada en 2015, introdujo cambios menores, pero también normas de resguardo y medidas de publicidad para los titulares de derechos que se vean amenazados de caducidad por no uso.

La tercera indicación sustitutiva[33] agrega normas para la procedencia de la caducidad, ingresa procedimientos para los remates de aguas y expande regulación de las zonas de prohibición. Estas últimas serán zonas en donde los recursos hídricos están comprometidos por el otorgamiento de una cantidad mayor de derechos de aprovechamiento, obligando entre otras cosas a que los titulares de derechos instalen sistemas de medición del caudal para la supervisión del recurso. Se debe señalar que esta tercera indicación establece expresamente que todos los derechos de aprovechamiento, incluso los constituidos con anterioridad a la reforma estarán afectos a la caducidad por no uso[34].

La cuarta indicación sustitutiva[35], la última ingresada al momento de la redacción de este Informe, tiene como objetivo agilizar los procesos de regularización de los derechos de agua, particularmente al fijar un plazo definido para su vigencia (5 años) y al trasladar su resolución a una instancia administrativa como la DGA.

Tal como ha dicho el INDH, bajo el prisma del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen obligaciones en materia del derecho al agua, entre otras: (1) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para uso personal y doméstico y para prevenir enfermedades y; (2) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados (INDH, 2013, pág. 209). En esta misma línea, el Comité DESC –órgano de vigilancia del tratado– le reconoce a este elemento no solo funciones de subsistencia relacionadas con su consumo directo o de índole sanitaria, y también usos afines a la producción de alimentos (realizando el derecho a la alimentación adecuada), como medio para desarrollar trabajos (realizando el derecho a ganarse la vida mediante un empleo) y para ejercer prácticas culturales (realizando el derecho a participar de la vida cultural)[36]. Junto con estas funciones reconocidas por el Comité DESC, las diversas relatorías del sistema de Naciones Unidas han señalado –mediante sus estudios e informes– que el agua tiene finalidades en variadas otras áreas, como en la realización del derecho a la vivienda adecuada[37], en el aprovechamiento de los territorios por parte de pueblos indígenas[38], y

30 Oficio Nº 459-362 de S. E. la Presidenta de la República en el que formula indicación sustitutiva al proyecto, de 8 de septiembre de 2014.

31 Mensaje Primera Indicación Sustitutiva.

32 Oficio Nº 1097-362 de S. E. la Presidenta de la República por el cual formula indicaciones al proyecto, de 6 de enero de 2015.

33 Oficio Nº 613-363 de S. E. la Presidenta de la República en el que retira y formula indicaciones al proyecto, de 6 de julio de 2015.

34 Tercera Indicación Sustitutiva. Indicación Nº 12 al Primer Artículo Transitorio de la Primera Indicación Sustitutiva.

35 Oficio Nº 926-363 de S. E. la Presidenta de la República en el que formula indicaciones, con su respectivo informe financiero, de 8 de septiembre de 2015.

36 Comité DESC. Observación general Nº 15 (2002) El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 6.

37 Ver Informe sobre Visita a Sudáfrica de 2008 del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sr. Miloon Kothari. A/HRC/7/16/Add.3 del 29 de febrero de 2008, pág. 2.

38 Ver Relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Sr. James Anaya, en visita a Argentina en 2012, A/HRC/21/47/Add.2 del 4 de julio de 2012, párr. 42.

en el disfrute del medio ambiente libre de contaminación[39]. Además, la provisión del agua por parte del Estado –o las entidades privadas, cuando sea el caso– debe ser en condiciones de igualdad[40] y cumplir, como orientación complementaria, con características de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad[41].

En su concepción original, la moción parlamentaria nombraba y reconocía legalmente variadas funciones del agua, más allá de la productiva, siendo estas un reflejo del desarrollo internacional en la materia y obligando al Estado a garantizarlas. Sin embargo, las sucesivas indicaciones redujeron las funciones reconocidas a tres (subsistencia, preservación ecosistémica y de producción), excluyendo a la función étnica, social y de ordenamiento territorial, entre otras. Es de preocupación del INDH que el proyecto esté considerando solamente una dimensión parcial del uso del agua, dejando de tomar en cuenta otros usos importantes y reconocidos desde una perspectiva de derechos humanos, especialmente su finalidad para los pueblos indígenas.

No obstante que el INDH valora, en general, positivamente el proyecto de reforma, y considera que su aprobación permitiría a la población, en particular a las comunidades rurales y pueblos indígenas, una mayor protección del derecho al acceso al agua, le preocupan las implicancias que la modificación del actual artículo 2° transitorio del Código de Aguas pueda tener para estas. Ello toda vez que dicha disposición vigente permite a los titulares de usos consuetudinarios de aguas –cuyos derechos están reconocidos expresamente en la Constitución y en la ley– regularizar dichos usos y obtener su inscripción cumplidos ciertos requisitos. Esta normativa ha permitido a pequeños agricultores de todo el país, incluyendo personas y comunidades indígenas, regularizar e inscribir sus derechos de aprovechamiento de aguas basados en el uso consuetudinario. Pues bien, la indicación sustitutiva en actual discusión planteaba originalmente restringir la aplicación del artículo 2° transitorio del Código de Aguas a un breve plazo contado desde la entrada en vigencia de la ley (de ser esta aprobada), propuesta que en el curso de la tramitación legislativa ha evolucionado hacia una restricción de las hipótesis de regularización contenidas en el mismo artículo. En cualquiera de los dos casos, preocupa al INDH que la aprobación de una norma de esta naturaleza afecte los derechos de aprovechamiento de aguas basados en el uso consuetudinario o ancestral que la actual legislación reconoce a sus titulares, en particular a los grupos más vulnerables como pueblos indígenas y pequeños agricultores.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta favorable que –en el entendido que es un derecho cuya naturaleza y relevancia ha ido cobrando mayor importancia– se avance en garantizar el derecho al agua y que, en el estado actual de la discusión del proyecto, se estén considerando, entre otros, normas que limiten los derechos de aprovechamiento, estableciendo su carácter temporal y otorgando herramientas de control y restricción en casos de interés público, además de que siempre se mantenga como prioritario el uso del agua para consumo humano y sanitización. El establecimiento de normas de limitación de los derechos de aprovechamiento, como aquellas que se incorporan en el proyecto, son necesarias para garantizar el derecho de acceso al agua, sobre todo en aquellas zonas identificadas por el INDH, en donde el uso productivo de este recurso está garantizado en desmedro del consumo humano. A este respecto, la Misión de Observación desarrollada por el INDH a la provincia de Petorca concluyó que "[d]e acuerdo a los antecedentes

39 Ver Informe Preliminar ante la Asamblea General de Naciones Unidas del Experto Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, Sr. John H. Knox. A/HRC/22/43 del 24 de diciembre de 2012, párr. 8.

40 Al respecto, el INDH sostuvo en el Informe de Misión a la Provincia de Petorca que, en contextos de escasez hídrica, la cobertura de agua potable rural mediante camiones aljibes entrañaría una vulneración al principio de no discriminación. Particularmente se señaló que: "La situación descrita vulnera el derecho de acceso al agua, en condiciones de igualdad y no discriminación, en la medida en que sectores de la población tienen que abastecerse de agua por camiones aljibes, con grandes dudas acerca de la calidad de las mismas y que los pequeños propietarios agrícolas no acceden al recurso para sus cultivos, comprometiendo sus economías locales y sus formas de vida, y afectándose con ello su derecho a la alimentación adecuada.
En relación con la primera de estas dimensiones –la calidad el agua para el consumo humano–, por medio de reportes técnicos que se acompañan en el presente Informe, se ha constatado la presencia de elementos nocivos en concentraciones que superan las normas de calidad, comprometiendo con ello el derecho a la salud de las personas. Ante la gravedad de lo reportado, el INDH pondrá a disposición de la autoridad sanitaria dichos análisis con el objeto que esta ejerza las fiscalizaciones y adopte las medidas correctivas que garanticen efectivamente el derecho a la salud de los habitantes de la provincia de Petorca" (INDH, 2014b, págs. 27-28).

41 Al respecto, revisar lo señalado por el Comité DESC en su Observación General Nº 13.

recabados, las causas de la escasez hídrica, no estarían solo asociadas al fenómeno de sequía que experimenta la provincia, incidiendo también las actividades empresariales que tienen lugar en la zona, en especial el cambio en el uso de los suelos que generó la agricultura, con el cultivo intenso de paltos y cítricos. El otorgamiento de derechos de agua sobre cuencas extinguidas, son representadas como factores que han contribuido a generar un situación de crisis hídrica que afecta seriamente la calidad de vida de los habitantes de la provincia de Petorca" (INDH, 2014b, pág. 27).

Además, se ha planteado por los actuales titulares de derechos de aprovechamiento, que el proyecto –al cambiar desde un sistema de derecho perpetuo a un sistema de renovación por un período máximo de 30 años– constituiría expropiación, debiendo contener esta iniciativa legal en consecuencia un pago hacia ellos, por verse despojados de su derecho de propiedad. Esto, pues el art. 19 n°24 de la Constitución[42] y el art. 6 del actual Código de Aguas reconocen el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas. Ante esta posición, a nivel internacional, el derecho de propiedad está reconocido explícitamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cautelando en su artículo 21[43] un concepto amplio de bienes[44], incluyendo los derechos de uso y goce. Se establece además que la privación de la propiedad debe ser acompañada de una justa indemnización[45] y solamente por razones de utilidad pública o interés social. Por lo demás, es admisible, sin indemnización, limitaciones del goce y uso en razones del interés social, establecidas mediante una ley, debiendo ser estas necesarias, proporcionales y conducentes a un fin legítimo en una sociedad democrática[46].

La Corte IDH se ha referido a los límites e interacciones que tiene el derecho a la propiedad privada en relación con otros derechos e intereses protegidos en el marco de un Estado de Derecho. De esta forma, la Corte ha entendido que el derecho a la propiedad no es absoluto, admitiéndose limitaciones en conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos[47]. En especial, la Corte ha destacado que la protección y garantía del derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales, en tanto incorpora los recursos naturales de ese territorio, repercute en el goce de otros derechos relacionados con la subsistencia cultural y material de estas comunidades[48]. La relación del derecho a la propiedad, a base de la jurisprudencia interamericana respecto de pueblos indígenas y tribales, tiene una relación relevante con la subsistencia de comunidades humanas, relación que necesariamente debe incorporarse en la discusión acerca de limitaciones y restricciones que se establezcan sobre el régimen de propiedad.

Junto con lo anterior, la Corte IDH se ha referido recientemente a las concesiones privadas de bienes públicos y cómo estas se protegen por el derecho de propiedad. Así,

42 Este artículo señala: "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos".

43 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 21 Derecho a la Propiedad Privada.
1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

44 "Los 'bienes' pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor". Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122.

45 "Dicha indemnización debe ser adecuada, pronta y efectiva". Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 96.

46 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 144 y siguientes.

47 Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 336.

48 "De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaxa, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados". Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 121.

en el caso RCTV con Venezuela[49] se ha establecido que la expectativa de renovación de una concesión sobre un bien público, que no ofrece renovación automática, no es un interés cautelable bajo el derecho a la propiedad en el sentido de la Convención[50]. Es más, bajo el derecho internacional de los derechos humanos no existe una regla que obligue a los Estados a establecer renovaciones automáticas[51], quedando aquello a arbitrio de la normativa interna. Lo anterior permitiría entender que, bajo la Convención Americana, se les otorga a los Estados una posibilidad amplia de regular la explotación de recursos de su propiedad, sobre la base de las reglas que el mismo Estado ha otorgado. Queda en discusión, sin embargo, cuál es la potestad que tiene un Estado que ha otorgado concesiones perpetuas para alterar el tiempo de aquellas, no ofreciendo el derecho internacional de los derechos humanos respuestas precisas.

La determinación del carácter expropiatorio o no de este proyecto, en el marco de un debate democrático o en el contexto de un foro jurisdiccional, definirá cuál régimen bajo el derecho internacional se deberá adoptar, si el de una justa indemnización o el de una limitación admisible bajo la Convención Americana.

Por su parte, si bien el art. 14[52] del Código de Aguas actual que establece el derecho de aprovechamiento no consuntivo no es modificado por este proyecto de ley, sí se modifica el art. 1553 que establece su dominio, pasando a ser un derecho de uso y goce.

Finalmente es importante mencionar que dentro de las indicaciones realizadas se incorporó el reconocimiento del acceso al agua como un derecho humano esencial e irrenunciable, garantizando que sus usos para consumo humano, subsistencia y saneamiento prevalecerán sobre otros, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.

PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS Y EL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS

Las Áreas Protegidas en Chile abarcan una superficie de aproximadamente 30 millones de hectáreas. El 80% corresponde a ecosistemas terrestres; 14% posee ambientes costeros-marinos, intermareales y marinos; y solo 5% de las unidades albergan humedales[54].

El actor institucional más relevante en la conservación y protección de estos espacios es la Corporación Nacional de Desarrollo Forestal (CONAF), que es la responsable de la administración del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE). CONAF es una corporación de derecho privado que no tiene competencias otorgadas por ley, lo que implica una situación de debilidad jurídica para la administración de las áreas protegidas.

La biodiversidad, definida por el Convenio sobre Diversidad Biológica[55] como "la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas" (art. 2), forma parte de lo que se entiende por medio ambiente, y por tanto es un elemento jurídico del derecho a un medio ambiente libre de contaminación. Lo anterior queda de manifiesto, por ejemplo, en el hecho

49 Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.

50 "[…] Por tanto, la posibilidad de que el Estado renovara la concesión a RCTV para el uso del espectro radioeléctrico en el año 2007, no puede ser considerada como un bien o derecho adquirido ya incorporado en el patrimonio de la empresa. Dicha posibilidad era una mera expectativa de renovación que estaba condicionada por la facultad del Estado para establecer controles sobre un recurso de su propiedad […]"Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 343.

51 Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 179 y siguientes.

52 Este artículo establece: "Derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho. La extracción o restitución de las aguas se hará siempre en forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades".

53 Este artículo dispone que: "El dominio del derecho de aprovechamiento no consuntivo no implica, salvo convención expresa entre las partes, restricción a la libre disposición de los derechos consuntivos".

54 Boletín Nº 9.404-12.

55 Ratificado por Chile en el año 1994.

de que el citado Convenio fue adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en cuyo seno nace la Declaración de Rio, instrumento central para orientar el desarrollo del derecho ambiental en los años posteriores. Por su parte, la reciente Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia adoptada en 2013, que todavía espera entrar en vigor, protege sin discriminación el acceso o uso sostenible del agua, los recursos naturales, los ecosistemas, la biodiversidad y los servicios ecológicos que forman parte del patrimonio natural de cada Estado[56].

La biodiversidad se vincula a los dos grupos de derechos humanos que identificó el actual Relator sobre Medio Ambiente. De esta forma, en lo sustantivo, la biodiversidad impacta en derechos como la vida[57], la alimentación, la salud[58] o la vida cultural[59]. Asimismo, la biodiversidad afecta el goce de los derechos de pueblos indígenas a vivir su cultura y a subsistir de manera tradicional[60]. En materia indígena, incluso el Convenio establece explícitamente que cada Estado Parte "[p]rotegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible"[61].

Asimismo, en el Protocolo de Nagoya[62] al Convenio sobre Diversidad se establecen provisiones especiales a los Pueblos Indígenas[63].

El 18 de junio de 2014 ingresó el proyecto de ley, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas[64]. Esta iniciativa legal es la respuesta a una obligación impuesta en el artículo octavo transitorio de la Ley 20.417, en cuya virtud se debía enviar al Congreso Nacional dentro de un año desde su publicación, uno o más proyectos de ley por medio de los cuales se creara el mencionado Servicio. Además, el país es signatario de instrumentos internacionales en materia de biodiversidad, que para su correcta aplicación requieren de una institucionalidad acorde en materia de áreas protegidas[65].

El proyecto tiene como finalidad la conservación de la diversidad biológica del país mediante la preservación, restauración y uso sustentable de las especies y ecosistemas. Para llevar a cabo esta misión, el proyecto contempla principalmente: (1) la creación de un Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, de personalidad jurídica y patrimonio propio, supervigilado por el Ministerio del Medio Ambientes; (2) la creación de un Sistema de Áreas Protegidas; (3) el otorgamiento al nuevo servicio de la facultad de dictar planes para la conservación de la biodiversidad y; (4) la facultad

56 Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia. Adoptado en La Antigua, Guatemala, con fecha 5 de junio de 2013.

57 El preámbulo del Convenio sobre Diversidad Biológica establece que dicho instrumento se adopta "Conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes" y "Conscientes asimismo de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biósfera".

58 Igualmente en el preámbulo del Convenio sobre Diversidad Biológica, se establece: "Conscientes de que la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica tienen importancia crítica para satisfacer las necesidades alimentarias, de salud y de otra naturaleza de la población mundial en crecimiento, para lo que son esenciales el acceso a los recursos genéticos y a las tecnologías, y la participación en esos recursos y tecnologías".

59 Comité DESC, Observación General Nº 21. Ver párrs. 15 y 16.

60 Al respecto, ver el Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/67/301, párr. 55, del 13 de agosto de 2012.

61 Artículo 10 (c).

62 Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización, del cual Chile no es parte.

63 El art. 5.5 establece que "[c]ada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas".

64 Boletín Nº 9.404-12.

65 Convención para la protección de la Flora, Fauna y de las Bellezas escénicas Naturales de los países de América, promulgada en 1967; la Convención sobre el comercio Internacional de especies amenazadas de Fauna y Flora silvestres (CITES), promulgada en 1975; la Convención relativa a las zonas húmedas de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (RAMSAR), promulgada en 1981; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, promulgada en 1997; la Convención Internacional para la regulación de la caza de ballenas, promulgada en 1979; la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, promulgada en 1980; el Convenio sobre la conservación de especies migratorias de la fauna silvestre, promulgado en 1981 y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, promulgado en 1994.

de fiscalización y sanción del Servicio en la protección de la biodiversidad, entre otros avances.

En el estado actual de tramitación, al proyecto se le han formulado 1.251 indicaciones[66], por lo que la redacción final puede cambiar sustancialmente en caso que se apruebe y se convierta en ley. Con todo, independiente de los cambios que pueda sufrir el proyecto con el debate parlamentario, este debe enmarcarse en los estándares internacionales antes esbozados. En lo sustantivo, el proyecto debe disponer de mecanismos eficaces para el fin que se propone, toda vez que la adecuada protección de la biodiversidad es condición del goce y ejercicio de numerosos derechos reconocidos en la Constitución y la normativa nacional. Por lo demás, en los aspectos procedimentales, el proyecto debe siempre considerar mecanismos y facilidades para que toda persona pueda acceder a la información ambiental en materia de biodiversidad, generada o que obre en poder del Estado. Igualmente, la redacción final del proyecto debe contemplar grados de participación para la ciudadanía en la formulación de planes, programas y normas en general que se dicten en materia de biodiversidad.

Si bien el INDH valora esta iniciativa, le preocupa desde la perspectiva de los derechos humanos, la ausencia de consideración de modalidades de participación de los pueblos indígenas y comunidades locales en materia de áreas protegidas y protección de la biodiversidad. Llama la atención en este sentido el reconocimiento y los incentivos que el proyecto de ley considera exclusivamente para las áreas de protección privadas, cuestión por cierto relevante, con el total desconocimiento de los pueblos indígenas y de su aporte a la conservación de la diversidad biológica[67]. Ello en circunstancias que la Convención de Diversidad Biológica, ratificada por Chile, reconoce y valora el aporte de las prácticas y conocimientos tradicionales de estos pueblos a la conservación de la biodiversidad[68].

Es importante señalar a este respecto que los pueblos indígenas han venido desarrollando sus propias iniciativas de conservación, basadas en prácticas y conocimientos ancestrales de sus territorios y de los recursos naturales que hay en ellos. Ejemplo de esto son las impulsadas por la comunidad de Quinquén (región de La Araucanía), la comunidad Mapu Lahual (región de Los Lagos) y la comunidad diaguita de los Huascoaltinos (región de Atacama), las que el proyecto de ley no menciona.

El proyecto de ley tampoco se hace cargo de la superposición existente entre las áreas protegidas, cuando son parques nacionales, y las tierras de propiedad indígena, según la definición dada por el art. 14 del Convenio 169 de la OIT, respecto de las cuales –si bien no hay estudios detallados– hay antecedentes para pensar que sería significativa. Tal es el caso del Parque Nacional Lauca, emplazado en tierras de propiedad inscrita aymara; el Parque Nacional Villarrica, ubicado en tierras de ocupación tradicional mapuche; el Parque Nacional Bernardo O'Higgins, localizado en territorio tradicional kawésqar; y el Parque Nacional Rapa Nui en Isla de Pascua[69]. La administración de las áreas protegidas, que el proyecto de ley encomienda al Servicio de Biodiversidad, no considera la participación de los pueblos indígenas en estas tareas ni en los beneficios que

66 Boletín de Indicaciones de 25 de mayo de 2015.

67 El proyecto de ley 7487-12 presentado por el Presidente Piñera para estos mismos efectos, excluía de la definición de "Área Silvestre Protegida" a las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI), mención que fue eliminada del actual proyecto de ley.

68 Específicamente en el art. 8, esta Convención señala: "j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente".

69 Para mayor información, consultar "Biodiversidad y Áreas Protegidas: las omisiones del proyecto gubernamental" de José Aylwin, disponible en: http://www.observatorio.cl/node/11695.

estas zonas generan, de conformidad con el art. 8.j de la Convención de Diversidad Biológica, ni los aprendizajes de la experiencia desarrollada en la Reserva Nacional Los Flamencos[70].

Los conflictos generados en el caso del Parque Nacional Isla de Pascua durante este año, frente a la reivindicación de su gestión por las organizaciones del pueblo Rapa Nui, dan cuenta de la necesidad de considerar en el proyecto de ley tanto las iniciativas de conservación indígena antes referidas así como velar por la participación indígena en la gestión de las áreas protegidas del Estado. La ley también debe contemplar procedimientos adecuados para solucionar la reivindicación de tierras de propiedad indígena que hayan sido establecidas como áreas protegidas sin el consentimiento libre y previo de las comunidades, de conformidad con el derecho internacional aplicable y al art. 35 de la ley indígena[71].

PROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN Y PRESERVACIÓN DE GLACIARES[72]

Los glaciares, y las diferentes formaciones de hielo que se crean en su cercanía, son de gran importancia para la existencia de la vida en nuestro planeta, cumpliendo diferentes finalidades ecológicas, especialmente aquella relacionada con la reserva de agua dulce que alimenta diferentes ríos y lagos cercanos. Se ha estimado que las capas de hielo corresponden al 75% de las reservas de agua dulce existentes (UNEP & WGMS, 2008, pág. 10), y en períodos de ausencia de lluvia son los glaciares los principales responsables de poner a disposición el agua dulce necesaria para la agricultura, las industrias, pero sobre todo, para el consumo humano y animal. Asimismo, los glaciares cumplen funciones turísticas y además constituyen parte del concepto de medio ambiente que es objeto de protección en nuestra legislación nacional. Específicamente, Chile posee 23.641,4 km^2 de glaciares, que equivalen a 3.175,7 km^3 de agua en estado sólido (Segovia, 2014, pág. 99).

Desde una perspectiva de derechos humanos, el devenir de los glaciares impacta en el goce y ejercicio de diversos derechos, especialmente porque aquellos son la principal fuente permanente de agua en Sudamérica (UNEP & WGMS, 2008, pág. 42). Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General Nº 15 respecto del sentido y alcance que le da al derecho al agua, ha identificado la afectación –por carencia de agua– al derecho a la vida, al derecho a la alimentación adecuada, al derecho a la salud, al derecho a ganarse la vida mediante un trabajo o al derecho a participar de la vida cultural. Incluso, la inexistencia de agua disponible podría afectar las condiciones de existencia y de mantenimiento de la cultura de pueblos indígenas que viven de la agricultura[73].

Las consideraciones anteriores, unidas a otras en materia de preservación de la naturaleza, hacen necesario que el Estado adopte medidas y dicte normas para la protección de glaciares y otras formaciones de hielo. En este contexto, se ingresó en mayo de 2014 un proyecto de ley por parte de un grupo de diputados, que busca su protección[74]. Este proyecto fue objeto de una indicación sustitutiva de la Presidencia de la República en marzo de 2015, que cambió en gran medida el sentido del proyecto original.

70 En esta área protegida se desarrolló un Convenio de Asociatividad entre CONAF y las comunidades atacameñas que tienen derechos ancestrales sobre parte importante de ella, que –mediante la cesión de parte de la reserva para usufructo de las comunidades por parte de CONAF– permite en la actualidad la administración y manejo conjunto de espacios de importancia turística.

71 La ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, que crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en su art. 35 establece: "En la administración de las áreas silvestres protegidas, ubicadas en las áreas de desarrollo indígena, se considerará la participación de las comunidades ahí existentes. La Corporación Nacional Forestal o el Servicio Agrícola y Ganadero y la Corporación, de común acuerdo, determinarán en cada caso la forma y alcance de la participación sobre los derechos de uso que en aquellas áreas corresponda a las Comunidades Indígenas".

72 En octubre del 2015, el proyecto se encontraba en primer trámite constitucional, siendo revisado por la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Cámara de Diputados.

73 CIDH. Informe 141/09. Petición 415-07. Admisibilidad. Caso Comunidades Diaguita de los Huascoaltinos y sus Miembros con Chile. 30 de diciembre de 2009.

74 Boletín 9364-12.

En su versión original, el proyecto define como objeto de protección a los glaciares[75], al ambiente glaciar[76], al ambiente periglaciar[77] y al *permafrost*[78], que estén dentro del territorio nacional, independiente de que se emplacen o no en Áreas Protegidas[79]. En cuanto a las formas de protección específicas, el proyecto original dispone de las siguientes:

– Explicita que los glaciares son Bienes Nacionales de Uso Público, inapropiables por las personas[80].

– En materias relacionadas con los glaciares, primarán las presentes normas por sobre otros cuerpos normativos[81].

– Se prohíbe en los glaciares y otras zonas protegidas por esta norma toda actividad que genere impactos significativos o daños irreversibles, especialmente aquellas que dicen relación con remoción, traslado o destrucción, o con aquellas actividades que alteren las funciones ecológicas de los glaciares en cuanto reservas de agua dulce[82]. En todo caso, se permiten actividades de rescate y científicas que cumplan con ciertos requisitos[83], y se restringen a autorizaciones especiales las actividades turísticas y científicas que utilicen medios mecanizados[84].

75 "[T]odo volumen de hielo y nieve permanente, que persista por periodos de al menos dos años y que cubra un área igual o superior a 0,01 km^2, incluyendo cualquier superficie rocosa con evidencia superficial de flujo viscoso, producto de un alto contenido de hielo actual o pasado en el subsuelo", art. 2º numeral 1 del proyecto original.

76 "[A]l territorio de altas latitudes o de cimas de montañas, en el límite de las nieves permanentes, las temperaturas predominantes durante todo el año son inferiores a 0º C y la fusión es débil o nula. El escurrimiento es bajo forma de hielo y hay un predominio de precipitaciones como nieve, la cual se transforma en neviza y después en hielo, por compactación y recongelación produciéndose pérdida de aire y cambio en la estructura cristalina. Este dominio se define por la presencia de glaciares", art. 2º numeral 2 del proyecto original.

77 "[A]l territorio donde se encuentran geoformas generadas por la acción cíclica del congelamiento del agua y su deshielo, sea en lapsos anuales o de mayor espacio de tiempo. Corresponde al espacio o ambientes que se encuentran cerca o casi del dominio glaciar", art. 2º numeral 3 del proyecto original.

78 "[T]ipo de suelo o roca con una fracción permanentemente congelada, con hielo y materia orgánica, que incluye suelo seco-congelado y suelo húmedo-congelado que permanece por debajo de los 0ºC por 2 o más años consecutivos […]", art. 2º numeral 4 del proyecto original.

79 Artículo 3 del proyecto original.

80 Artículo 4 del proyecto original.

81 Artículo 5 del proyecto original.

82 Artículo 6 del proyecto original.

83 Artículo 7 del proyecto original.

84 Artículo 8 del proyecto original.

Junto con las medidas de protección se da rango legal al inventario de glaciares que maneja actualmente la Dirección General de Aguas, que se llamará Registro Nacional de Glaciares y que deberá contar con un reglamento que permita realizar un seguimiento de su comportamiento y supervisar las actividades realizadas en ellos. Además, y como medida transitoria, se les impone a los titulares de los proyectos que intervienen glaciares someterse a una auditoría ambiental, además de modificar sus actividades si es que aquellas se clasifican bajo la nueva ley como prohibidas o restringidas.

La indicación sustitutiva[85] formulada por la Presidencia al proyecto original mantiene el objeto de la ley, que es la protección de los glaciares en tanto reservas de agua[86] y entiende igualmente que estos son bienes nacionales de uso público de carácter inapropiable[87]. La indicación aporta una nueva lista de conceptos, que integraría y profundizaría en las definiciones dadas en el proyecto original[88] en cuanto a la tipología de glaciares. Asimismo, la indicación mantiene lo relacionado con la creación de un Registro Nacional[89], la autorización para realizar actividades científicas y turísticas de baja intensidad, además de rescates[90]; y la posibilidad de revisar las actividades en glaciares que estén en marcha antes de la vigencia de la ley[91].

Sin embargo, en la indicación sustitutiva, el nivel de protección de los glaciares disminuye considerablemente en los siguientes términos:

– Solo tendrán algún grado de protección los glaciares que se encuentren en una Reserva, en un Parque Nacional o aquellos glaciares que sean una reserva hídrica relevante y que sean declarados como Reserva Estratégica por los Ministros de Obras Públicas y Medio Ambiente, previo informe de la Dirección General de Aguas[92].

85 Oficio Nº 1170-362 de S. E. la Presidenta de la República por el cual formula una indicación sustitutiva al proyecto, de fecha 6 de marzo de 2015.

86 Artículo 1 de la primera Indicación Sustitutiva.

87 Artículo 4 de la primera Indicación Sustitutiva.

88 Artículo 2 de la primera Indicación Sustitutiva.

89 Artículo 9 de la primera Indicación Sustitutiva.

90 Artículo 8 de la primera Indicación Sustitutiva.

91 Artículo (Único) Transitorio de la primera Indicación Sustitutiva.

92 Artículo 5 de la primera Indicación Sustitutiva.

– Para los glaciares en Reservas o Parques Nacionales, se prohíben solamente las actividades comerciales. Mientras tanto, para los glaciares declarados como Reserva Estratégica se prohíbe su remoción, traslado, destrucción y cubrimiento que aceleren su derretimiento, así como también se prohíben las obras en su entorno que puedan alterarlos. Los glaciares declarados como Reserva Estratégica, por tanto, son la categoría que goza de mayor protección[93].

– Para las actividades no prohibidas, realizadas en cualquier glaciar, se requerirá el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante un Estudio de Impacto Ambiental, asimilándose la intervención de los glaciares a la regulación común ambiental, otorgándose los permisos correspondientes por la Dirección General de Aguas[94].

A pesar de la disminución de las medidas de protección, la indicación sustitutiva agrega modificaciones positivas en cuanto a la institución de supervigilancia. De esta forma se contempla una modificación al Código de Aguas, dándole a la Dirección General de Aguas el monitoreo y control de los glaciares y otorgándole potestades sancionatorias sobre aquellos que incumplan las prohibiciones de la ley.

El 7 de octubre de 2015 el gobierno ingresó una nueva indicación sustitutiva[95] que complementó la regulación que se le dio al concepto de "Reserva Estratégica Glaciar". De esta forma, la indicación definió legalmente el concepto de "Reserva Estratégica Glaciar", además de establecer mecanismos de reconocimiento, de desafectación y de oposición de privados que, alegando daño en sus intereses o falta de requisitos técnicos, quieran impugnar la declaración de determinado glaciar como Reserva Estratégica. En la anterior versión del proyecto, todos los aspectos procedimentales de la declaración de Reserva Estratégica estaban entregados a un reglamento que se dictaría luego de la vigencia de la ley; con esta nueva indicación, ciertos temas se elevaron a rango legal, quedando el reglamento para abordar situaciones eminentemente técnicas.

93 Artículo 6 de la primera Indicación Sustitutiva.

94 Artículos 7 y 10 de la primera Indicación Sustitutiva.

95 Oficio Nº 998-363 de S. E. la presidenta de la República por el que formula indicaciones al proyecto, del 29 de septiembre de 2015.

Junto con lo anterior, la nueva indicación sustitutiva le otorga competencia a los Tribunales Ambientales para conocer de los conflictos que se sucinten entre privados y la autoridad por el hecho de la declaración de Glaciares como Reserva Estratégica. Además, la indicación sustitutiva le exige a la Dirección General de Aguas que, luego de 5 años de vigencia de esta ley, al menos 25% de los glaciares catastrados debe ser calificado como susceptible de ser declarado Reserva Estratégica.

Como se ha observado anteriormente, la necesidad de la protección de los glaciares obedece principalmente a un aseguramiento de la provisión de agua para consumo humano, así como también para la protección del medio ambiente y la subsistencia de grupos en condición de vulnerabilidad. La posición del Poder Ejecutivo en orden a disminuir la protección inicial, mediante sus indicaciones sustitutivas, es de preocupación, ya que no se establece una protección general a los glaciares, y además desprotege otras categorías de hielos, como el *permafrost*, que sí cumpliría funciones análogas[96] a los glaciares (Sugimoto, 2002).

ACERCA DE LA PARTICIPACIÓN Y CONSULTA INDÍGENA EN LA TRAMITACIÓN DE ESTOS PROYECTOS

Además de los alcances específicos a cada uno de los proyectos de ley descritos, resulta relevante hacer algunas observaciones relativos a su potencial vinculación con los derechos o intereses de los pueblos indígenas, a propósito de la pregunta referida a la pertinencia de la consulta previa en estos tres proyectos.

En primer lugar, es necesario señalar que Chile se encuentra en una situación de debilidad en términos normativos, institucionales y de política en materia indígena, que han sido ampliamente analizados por el INDH, por ello no haremos referencia aquí a ese diagnóstico más complejo, sino que solo nos referiremos a cuestiones específicas del caso. Esto es, por un lado, la ausencia de una mirada intercultural incorporada de manera orgánica en todo el quehacer del Estado, que redunda en que los diálogos –salvo escasas excepcio-

96 El *permafrost* puede ser fuente de agua para ciertas plantas en casos de sequía, según evidencia analizada en Siberia.

nes– y consultas a los pueblos indígenas constituyan eventos esporádicos, y no parte de una comunicación permanente y fluida. Por otro lado, y como reflejo de lo anterior, el Poder Legislativo aún no ha definido un procedimiento de consulta indígena para la tramitación legislativa, cuestión que ha sido advertida por el Tribunal Constitucional. En particular, esta entidad ha señalado que "[t]ranscurridos cuatro años desde la entrada en vigor del Convenio, la circunstancia de verse esta Magistratura en la necesidad de resolver nuevos requerimientos parlamentarios sobre esta materia es demostrativa de la necesidad de que no se dilate, por parte del Congreso Nacional, regular apropiadamente este procedimiento de consulta"[97]. Para el tribunal, a pesar del carácter autoejecutable de la norma, se requiere desarrollar normativa interna para la adecuada implementación de la norma convencional[98].

En relación con la participación y la consulta indígena, conforme al artículo 6.1.a del Convenio 169 de la OIT, el Estado debe "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". Con fines pedagógicos, se analizará este concepto de "susceptibilidad de afectación directa" en dos partes: la posibilidad de que las medidas específicas afecten a los pueblos indígenas (*susceptibles de afectarles...*) y el carácter directo de dicha afectación.

Respecto de la posibilidad de que las medidas específicas afecten a los pueblos indígenas, lo que se requiere es que sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas. No se necesita que la afectación sea cierta, ni siquiera tangible, porque lo que busca el mecanismo de consulta es, justamente, facilitar, mediante un diálogo de buena fe, hacer evidentes los impactos que no se perciben por parte de quienes no pertenecen ni conocen las valoraciones de las culturas protegidas[99]. Para algunos, la sola representación, hecha de buena fe, por parte de una comunidad indígena de que un asunto podría afectarle directamente, constituiría al menos una presunción de legitimidad para generar el proceso de consulta. En todo caso, no cualquier afectación es relevante para efectos de la consulta previa. Debe tratarse de una que pueda impactar de un modo específico a los pueblos indígenas, o sea, debe tratarse de una cuestión que los afecta de un modo distinto a como lo hace respecto de otros miembros de la sociedad no indígenas[100]. En este punto es necesario reconocer que existe una tensión que debe abordarse caso a caso, entre, por un lado, la percepción de los pueblos indígenas respecto a las cosas que podrían afectarles directamente, y la necesidad del Estado de objetivar y acotar los escenarios posibles donde se invoca la afectación y que ameritan el desarrollo de una consulta indígena.

El segundo criterio es la afectación directa (no remota). Este permite limitar razonablemente el alcance de este deber, ya que de otro modo, en la práctica, cualquier decisión debería ser consultada, pues afectaría a los pueblos indígenas[101]. El Convenio entrega orientaciones para establecer el alcance del criterio de *afectación directa* mediante los casos específicos en que exige expresamente la consulta (arts. 15.2, 17, 22 y 28), los que no deben entenderse como *numerus clausus*, sino que justamente como criterios orientadores. De esta manera, no existe una enumeración taxativa de las medidas que deben ser objeto de consulta previa. Sin perjuicio de ello, los diversos órganos de control de tratados internacionales, de los que Chile es parte, han ido delimitando los contornos de esta obligación.

97 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el ROL 2387-12-CPT y 2388-12-CPT de 23 de enero de 2013. Considerando vigésimo segundo.

98 Ibídem. Considerando vigésimo cuarto.

99 Ver Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, A/HRC/12/34/Add.6, del 5 de octubre de 2009.

100 Ahora bien, esto no significa que una ley de alcance general (por ejemplo, sobre la propiedad de la tierra o el uso de los recursos naturales) no deba ser consultada. Lo decisivo es que la misma pueda afectar los derechos o intereses de los pueblos indígenas de un modo especial, en este caso, por la particular vinculación de aquellos con sus tierras y territorios. Ver Contesse (2012).

101 Si no existiese el límite de la *afectación directa*, una medida como, por ejemplo, el alza de los sueldos de los funcionarios de la administración pública debería consultarse a los pueblos indígenas, pues remotamente podría afectar el presupuesto asignado a los planes y programas dirigidos a ellos.

Así, en el marco de la discusión de los tres proyectos de ley descritos (proyecto de ley que reforma el Código de Aguas, el que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, y el proyecto de ley de protección y preservación de glaciares) es posible pensar, bajo un criterio de buena fe, que las medidas puedan tener algún impacto –aunque sea indirecto– en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, en tanto van a modificar la regulación y el acceso a recursos naturales que son de relevancia para las particulares cosmovisiones de dichas culturas y que se encuentran protegidas en su preservación y desarrollo por el derecho internacional.

En razón de lo anterior es que le INDH ha recomendado como buena práctica, incluso cuando existan razones para pensar que la afectación sea indirecta y, por tanto que la consulta no será preceptiva, la realización de un proceso de consulta indígena.

El INDH insiste en la importancia de no perder de vista el sentido profundo de la participación y la consulta indígena, que en palabras del exrelator James Anaya, sostiene: "La elaboración de estos principios en los instrumentos y jurisprudencia internacionales responde a una historia en que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos. Los principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación. Pero con este propósito los principios de consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego. Al oponerse a la imposición de una parte sobre la otra, los principios de consulta y de consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones"[102].

102 Informe de James Anaya, exrelator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. "Principios Internacionales aplicables a la consulta indígena con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile", 24 de abril de 2009.

BIBLIOGRAFÍA

Contesse, J. (2012). El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile. En J. Contesse (Ed.), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno* (págs. 189-228). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Gobierno de Chile (septiembre de 2015). *Contribución Nacional tentativa de Chile (INDC) para el acuerdo climático Paris 2015.* Recuperado el 19 de octubre de 2015, de UNFCCC: http://www4.unfccc.int/submissions/INDC/Published%20Documents/Chile/1/Chile%20INDC%20FINAL.pdf

Gobierno de Chile (2015). *Ejes estratégicos Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del SEIA.* Obtenido de http://www4.unfccc.int/submissions/INDC/Published%20Documents/Chile/1/INDC%20FINAL%20SEPT%202015.pdf

INDH (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile*.

INDH (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile*.

INDH (2013). *Informe Anual 2013. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile.*

INDH (2013b). *Misión de Observación Araucanía. Santiago de Chile.*

INDH (2013c). *El Deber de consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental*. Santiago de Chile.

INDH (2014). *Misión de Observación a Proyecto Central Hidroeléctrica Los Aromos.* Santiago de Chile.

INDH (2014b). *Misión de Observación a Provincia de Petorca. Santiago de Chile*.

INDH (2015). *Misión de Observación Valle del Choapa . Santiago de Chile.*

Segovia, A. (2014). *Caracterización glaciológica de Chile y valoración de servicios ecosistémicos de glaciares en base a mercados reales. Estudio de caso del Monumento Natural El Morado. Tesis para optar al Grado de Magister.* Santiago de Chile: Facultad de Ciencias Forestales y de la Conservación de la Naturaleza, Universidad de Chile.

Sugimoto, A. (2002). Importance of permafrost as a source of water for plants in east Siberian taiga. *Ecological Research, 17*(4), 493-503.

UNEP & WGMS. (2008). *Global glacier changes: facts and figures. Ginebra*.



RELACIONES INTERCULTURALES Y DERECHOS HUMANOS



RELACIONES INTERCULTURALES Y DERECHOS HUMANOS

9

ANTECEDENTES

Desde la instalación del INDH en el 2010, la ausencia de reconocimiento constitucional de la pluriculturalidad del Estado y de la sociedad ha sido una preocupación, además de la falta de políticas públicas e institucionalidad para abordar las relaciones con los pueblos indígenas del país (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pág. 19). La falta de una política de Estado coherente y sistemática ha incrementado la conflictividad y ha alejado las posibilidades de avanzar en el mejoramiento de la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas. Ante esta realidad, el 2014 el INDH propuso al gobierno la convocatoria a un proceso de diálogo amplio entre el Estado y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas para que, de buena fe y con una agenda abierta que tuviese como base los derechos que han sido reconocidos internacionalmente a estos pueblos, se pudiese superar esta situación de creciente conflictividad. Lamentablemente dicha convocatoria no ha sido realizada a la fecha. En particular, en relación con la situación de La Araucanía y del pueblo mapuche, el Consejo del INDH ha declarado la necesidad de que el Estado adopte medidas para la generación de mecanismos de solución de conflictos de tierras, y para compatibilizar actividades económicas con el respeto de los derechos indígenas. Además indicó que "Estas medidas, entre otras, deben ser el producto de un proceso de diálogo del más alto nivel, iniciativa que en su momento fue presentada a las autoridades de gobierno" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015)[1].

Aunque las demandas del pueblo mapuche suelen tener mayor visibilidad en la opinión pública, similares reclamos han planteado otros pueblos, como el Rapa Nui, que demanda el reconocimiento de su propiedad ancestral sobre las tierras de Isla de Pascua[2] o de las comunidades indígenas del norte del país, que han manifestado desde hace varios años su preocupación por la afectación de la provisión de agua, sustento de sus formas de vida y mantención de cultura a consecuencia de proyectos mineros y otras actividades[3].

Más allá de las situaciones particulares de cada pueblo indígena, es preocupante que en Chile no exista aún una política integral en materia de reconocimiento y diálogo del Estado con las diferentes culturas, que permita abordar las relaciones entre las mismas, con sus desafíos y posibilidades.

La interculturalidad en la sociedad chilena fue medida por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en 2012, publicando sus resultados a finales de 2013 (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013). Este estudio caracterizó las relaciones interculturales así (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013)[4]: (1) han mejorado con el paso del tiempo, aunque queda por avanzar; (2) La población representada por los aymaras y no aymaras valora de mejor forma las relaciones interculturales que la población representada por los mapuche y no mapuche; (3) Los no mapuche y los no aymaras tienen una visión

1 Disponible en http://www.indh.cl/declaracion-publica-del-consejo-del-indh-ante-la-situacion-de-creciente-conflictividad-en-la-araucania

2 En relación a lo cual, el INDH realizó una misión de Observación a Isla de Pascua desde el 6 hasta el 9 de septiembre, sumada a la visita realizada en enero de 2011 por parte de la Directora.

3 Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, 16 de febrero de 2006, E/CN.4/2006/78, párr. 20.

4 Ver Sección 9. Se tomó una muestra de población aymara y no aymara, y una población de mapuche y no mapuche a nivel nacional. Se realizó un muestreo en comunas con población mapuche y aymara a nivel nacional y que tuvieran un alto grado de interacción intercultural. La población no aymara y no mapuche se obtuvo de las mismas comunas evaluadas, por lo que este grupo residió en el mismo lugar que las personas de origen indígena.

más pesimista de las relaciones que la población aymara o mapuche; (4) En cuanto a la declaración de identidades, al preguntar si se siente chileno e indígena al mismo tiempo, las respuestas afirmativas son: 34,2% entre los mapuche, 23,7% entre los no mapuche, 65,5% entre aymaras y 9,1% entre no aymaras. Frente a la alternativa de sentirse "indígena primero y chileno después" las respuestas son afirmativas en un 16,4% de los mapuche, y 8,4% de los aymaras. Por su parte, la opción "chileno primero e indígena después" es respondida afirmativamente por 4,8% de los mapuche, 6,1% de los no mapuche, 3,2% de los aymaras y 1,9% de los no aymaras. Finalmente, se sienten solo chilenos 8,2% de los mapuche, 65,7% de los no mapuche, 5,6% de los aymaras, y 84,8% de los no aymaras, y sólo indígena, 36,5% mapuche, y 16,5% de los aymaras. (5) En zonas de intercambio intercultural, tanto grupos de indígenas como no indígenas conviven con el otro, existiendo una leve tendencia de los indígenas relacionarse más con no indígenas, que viceversa; (6) La discriminación contra los indígenas se vive en contextos cotidianos, como en el barrio o en el colegio; (7) Transversalmente existe un rechazo de la población no indígena a actos de discriminación a personas indígenas; (8) En el contexto de relaciones mapuche existe una creencia común de que el conflicto que se vive es de una profundidad importante, mientras que en las relaciones aymaras los conflictos son menos fuertes que otros que emergen cotidianamente.

En el marco de la necesidad de reflexionar y tomar medidas en dirección a crear o fortalecer vínculos interculturales en el país, este apartado analizará brevemente el concepto de interculturalidad, así como los estándares internacionales y la normativa nacional, junto con algunas políticas públicas que adoptan dicha aproximación. Luego revisará los resultados de los dos procesos de consulta previa llevados a cabo este año a nivel nacional, para finalmente hacer referencia a las vulneraciones de derechos y las situaciones de violencia que se viven en La Araucanía, en el marco del déficit de política intercultural del que se busca dar cuenta. El capítulo finaliza con recomendaciones a los tres poderes del Estado.

ACERCA DE LA INTERCULTURALIDAD

Para abordar la diversidad étnico-cultural y promover relaciones positivas entre ellas se ha desarrollado el concepto de interculturalidad, como un esfuerzo orientado a convivir pacíficamente (Walsh, 2009, pág. 41)[5]. La interculturalidad, si bien está ligada a los conceptos de pluriculturalidad y multiculturalidad, es diferente. De esta forma, "[l]a multiculturalidad normalmente se refiere, en forma descriptiva, a la existencia de distintos grupos culturales que, en la práctica social y política, permanecen separados, divididos y opuestos; por el contrario, la pluriculturalidad indica una convivencia de culturas en el mismo espacio territorial, aunque sin una profunda interrelación equitativa entre ellas" (Walsh, 2009, pág. 44). La interculturalidad, por su parte, propone "desarrollar una interacción entre personas, conocimientos, prácticas, lógicas, racionalidades y principios de vida culturalmente diferentes; una interacción que admite y que parte de las asimetrías sociales, económicas, políticas y de poder, y de las condiciones institucionales que limitan la posibilidad de que el 'otro' pueda ser considerado sujeto –con identidad, diferencia y agencia– con capacidad de actuar" (Walsh, 2009, pág. 45). Así, la adopción de un enfoque intercultural requiere "impulsar activamente procesos de intercambio que, por medio de mediaciones sociales, políticas y comunicativas, permitan construir espacios de encuentro, diálogo, articulación y asociación entre seres y saberes, sentidos y prácticas, lógicas y racionalidades distintas" (Walsh, 2009, pág. 45).

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

La interculturalidad, como concepto diferenciado de la pluriculturalidad o de la multiculturalidad, ha tenido reconocimiento explícito limitado a nivel internacional, siendo la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de UNESCO[6] el instrumento vinculante más importante en la materia. La

5 Disponible en http://www.flacsoandes.edu.ec/interculturalidad/wp-content/uploads/2012/01/Interculturalidad-estado-y-sociedad.pdf

6 Ratificada por el Estado de Chile el 13 de marzo de 2007

definición de dicho instrumento entiende a la interculturalidad como "la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo"[7].

Además del Convenio de la UNESCO, el enfoque intercultural en áreas específicas ha sido reconocido por los mecanismos especiales del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los que operan como orientaciones para los Estados. Por ejemplo, la Relatoría acerca de los derechos de los pueblos indígenas, en un informe país, valoró y recomendó profundizar las actitudes interculturales en el curriculum educacional[8], y en otra ocasión, llamó a establecer un diálogo intercultural entre la jurisdicción indígena y la estatal[9] para superar los conflictos que se suscitaren. Por su parte, la Relatoría para el Derecho a la Educación ha recomendado a un Estado la expansión de su educación intercultural[10], mientras que el Grupo de Trabajo de Expertos sobre las personas de ascendencia africana ha llamado a "promover la organización de actividades interculturales como estrategia a largo plazo de fomento de la tolerancia y como herramienta para ensalzar la diversidad que aportan las personas de ascendencia africana [...]"[11].

Junto con la referencia explícita a la interculturalidad, en tanto una forma de diálogo equitativo entre las culturas, de una manera mucho más extendida, hay una protección de la cultura en general, que habilita a que la interculturalidad pueda darse, ya que se garantiza que las culturas que se relacionarán estén vivas. En otras palabras, existen estándares internacionales jurídicamente vinculantes que protegen a las diferentes culturas en un Estado, que sin propiciar el diálogo intercultural, a lo menos garantizan que aquellas culturas sean preservadas y no asimiladas por una cultural nacional dominante[12].

Dentro de estos estándares, se puede encontrar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[13], que en su artículo 27 establece que "[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma". La protección de las minorías, además, ha sido reafirmada en 1992 por la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/135, que manda a los Estados a proteger la cultura de dichas minorías[14], así como a incentivarla con medidas educativas, no solo destinadas a las minorías mismas, sino a la sociedad en su conjunto[15].

7 Ver Artículo 4 de la Convención.

8 "El Relator Especial recomienda a las universidades e instituciones académicas que pongan especial atención y que adapten sus programas para la enseñanza de los principios del multiculturalismo y para la promoción de los derechos de los pueblos indígenas, junto con el desarrollo de actitudes, prácticas e instituciones interculturales. En ningún caso las instituciones universitarias deben acoger y promover expresiones de discriminación racial, y las autoridades académicas deben promover la adopción de códigos de conducta en este respecto." Stavenhagen, Rodolfo (2009). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Misión a Bolivia, A/HRC/11/11, párr. 105.

9 "Asimismo, es necesario crear espacios fluidos y flexibles para facilitar un diálogo intercultural entre las autoridades de la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria." Anaya, James (2010). Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/15/37/Add.7, párr. 13.

10 "Por la dimensión de los retos que el país enfrenta, es indispensable que las políticas educativas tengan como referente el derecho a la educación y a la cultura de los pueblos indígenas y que así la cuestión lingüística sea vista como un componente estructural, pero no como un fin en sí mismo. Para atender este problema el Relator Especial considera necesario estimular el diseño participativo de una política estatal para la educación, que permita reglamentar la ley de educación nacional basada en las obligaciones internacionales de la República de Guatemala y en las necesidades interculturales del país.". Muñoz, Vernor (2008). Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Adición: Misión a Guatemala (20 a 28 de julio de 2008), A/HRC/11/8/Add.3, párr. 52.

11 Grupo de Trabajo de Expertos sobre las personas de ascendencia africana (2006), Informe de Visita a Bélgica (13 al 17 de junio de 2005), E/CN.4/2006/19/Add.1, pág. 3.

12 En palabras de Aylwin et al. "Se trata de un cambio de paradigma por el cual se da cuenta del fracaso histórico del eurocentrismo asimilacionista" (Aylwin, Yáñez, & Meza-Lopehandia, 2013, pág. 348).

13 Ratificado por el Estado de Chile el 10 de febrero de 1972.

14 Artículo 4.2 "Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales".

15 Artículo 4.4 "Los Estados deberán adoptar, cuando sea apropiado, medidas en la esfera de la educación, a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio. Las personas pertenecientes a minorías deberán tener oportunidades adecuadas de adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto".

En relación con los pueblos indígenas específicamente, tanto el Convenio 169 de la OIT[16] como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007 establecen medidas de protección cultural y de adaptación de prestaciones estatales a las particularidades de los pueblos indígenas. Así, por ejemplo, el Convenio 169 manda a que el Estado otorgue prestaciones en salud[17], organice su sistema educativo[18], y que administre justicia penal[19], tomando en consideración la cultura de los destinatarios indígenas. Por su parte, la Declaración, que es el más reciente instrumento en la materia, obliga además no solo a conservar la cultura de los pueblos[20], sino que se otorga el derecho "a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura"[21].

Se puede concluir que el diálogo entre las culturas si bien no cuenta con un reconocimiento extendido en el derecho internacional de los derechos humanos, sí es garantizado por otros estándares internacionales que buscan preservar la diversidad cultural en un Estado. En ese sentido, esta garantía de la pluriculturalidad habilita a que los Estados den el paso de establecer relaciones culturales beneficiosas, mediante la adopción de la interculturalidad.

16 Ratificado por el Estado de Chile el 15 de septiembre de 2008.

17 Artículo 25.2 "Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales".

18 Artículo 27.1 "Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales".

19 Artículo 8.1 "Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario".

20 Artículo 5 "Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado." En el mismo sentido el artículo 4 del Convenio 169 de la OIT.

21 Artículo 8 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

NORMATIVA NACIONAL

La Constitución Política de la República reconoce en su art. 1 que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. […] El estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece. Es deber del Estado […] promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional". No obstante, la Constitución no hace una referencia expresa a los pueblos indígenas, ni a sus derechos, y no reconoce a Chile como un Estado pluricultural, ni multicultural, ni intercultural.

A nivel legal, la interculturalidad es reconocida en cuatro cuerpos legales. En la Ley General de Educación se reconoce que "[e]l sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Se inspira, además, en los siguientes principios: […] l) Interculturalidad. El sistema debe reconocer y valorar al individuo en su especificidad cultural y de origen, considerando su lengua, cosmovisión e historia. […][22].

Por su parte, el Decreto Ley N° 2.763 del Ministerio de Salud de 1979 indica en su art. 4 que "[a]l Ministerio de Salud le corresponderá formular, fijar y controlar las políticas de salud. En consecuencia tendrá, entre otras, las siguientes funciones: […] 16.-Formular políticas que permitan incorporar un enfoque de salud intercultural en los programas de salud en aquellas comunas con alta concentración indígena". En la Ley Indígena 19.253, el art. 32 señala que "La Corporación, en las áreas de alta densidad indígena y en coordinación con los servicios u organismos del Estado que correspondan, desarrollará un sistema de educación intercultural

22 Ley 20.370 General de Educación. Además, ver artículos 23 y 35 del mismo cuerpo legal.

bilingüe a fin de preparar a los educandos indígenas para desenvolverse en forma adecuada tanto en su sociedad de origen como en la sociedad global. Al efecto podrá financiar o convenir, con los Gobiernos Regionales, Municipalidades u organismos privados, programas permanentes o experimentales", y agrega en el art. 39, que "La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena es el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional. […] b) Promover las culturas e idiomas indígenas y sistemas de educación intercultural bilingüe en coordinación con el Ministerio de Educación".

Por último, la Ley 20.584 de Derechos y Deberes de los Pacientes señala en el art. 7 que "[e]n aquellos territorios con alta concentración de población indígena, los prestadores institucionales públicos deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas, el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, protección y fortalecimiento de los conocimientos y las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización en idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura".

A nivel reglamentario, en diversos cuerpos se establecen referencias y mandatos a adoptar enfoques interculturales: en el decreto que crea la Comisión de Asuntos Indígenas en el Ministerio de Agricultura[23]; en el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud[24]; en la Resolución que fija la estructura orgánica del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes[25] y en la Resolución de Participación Ciudadana del Ministerio de Educación[26], y en la resolución referida a formadores de educadores tradicionales de los pueblos indígenas del Ministerio de Educación[27].

Además, es importante destacar que desde el 2008 existe un Instructivo Presidencial[28] que incentiva a los órganos de la administración central a profundizar, entre otras cosas, los lazos de la sociedad en su conjunto con los valores y la cultura indígena. En particular, dicho instructivo mandata: (1) a que en cada Ministerio e Intendencia se cree una Unidad

23 Decreto 76 del Ministerio de Agricultura de 2008. Crea Comisión Asesora de Asuntos Indígenas en el Ministerio de Agricultura. Art. 2.- Las funciones de esta Comisión serán las siguientes: […] b) Proponer acciones para incorporar el enfoque intercultural en el sector silvoagropecuario; […] e) Promover en los planes de capacitación del Ministerio, la capacitación de los funcionarios para incorporar el enfoque intercultural en el desarrollo de sus tareas; […].

24 Decreto 140 del Ministerio de Salud de 2014. Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud.
Artículo 8º.- Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley respecto de los Establecimientos de Autogestión en Red y de los Establecimientos de Salud de Menor Complejidad, y de las atribuciones que le asignen otras leyes y reglamentos, para el desempeño de sus funciones el Director tendrá las siguientes facultades: […] e) En aquellos Servicios de Salud con alta concentración indígena y de acuerdo a las normas e instrucciones del Ministerio de Salud en la materia, el Director del Servicio deberá programar, ejecutar y evaluar en conjunto con los integrantes de la Red y con participación de representantes de las comunidades indígenas, estrategias, planes y actividades que incorporen en el modelo de atención y en los programas de salud el enfoque intercultural en salud. […]

25 Resolución 1.092 exenta del Ministerio de la Cultura de 2015. Fija la estructura orgánica del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. Artículo 10º: Departamento de Pueblos Originarios, cuya misión consiste en velar por la implementación de Políticas Culturales que consagren derechos que protejan y promuevan, el patrimonio cultural, las expresiones artísticas y culturales de los pueblos originarios y comunidades afrodescendientes del país. Este Departamento de Pueblos Originarios tiene las siguientes funciones: […] i) Generar e implementar una agenda de capacitaciones focalizadas en la promoción del Enfoque Intercultural en el trabajo desarrollado por el Consejo. […] k) Coordinar con las Direcciones Regionales del Consejo en materias de pueblos originarios y comunidades afrodescendientes y proponer acciones que hagan operativo un enfoque intercultural en sus territorios.

26 Resolución 2804 del Ministerio de Educación de 2015. Aprueba norma general de participación ciudadana que establece modalidades formales y específicas en el marco de la ley Nº 20.500. Artículo 5º.- Mecanismos de Participación Ciudadana: Los mecanismos de participación ciudadana constituyen procesos de corresponsabilidad social entre la ciudadanía y los Órganos del Estado. Éstos se encuentran conformados por un número variable de etapas que presentan objetivos, requisitos de participación, procedimientos de trabajo y periodicidad de funcionamiento, los cuales serán definidos previamente. Estos mecanismos tienen por finalidad fortalecer y mejorar la gestión pública, contribuyendo así al más eficiente funcionamiento de esta Secretaría de Estado en el cumplimiento de sus políticas, planes, programas y acciones. Son mecanismos de participación ciudadana los siguientes: a) Acceso a Información Relevante. b) Cuentas Públicas Participativas. c) Consultas Ciudadanas. d) Consejo de la Sociedad Civil. e) Participación Comunidad Escolar. f) Presupuestos Participativos de la Gestión Pública. En relación con la participación de los Pueblos Originarios, los mecanismos de participación se definirán en relación con la Secretaría de Educación Intercultural Indígena del Ministerio de Educación. […].

27 Resolución 420 exenta del Ministerio de Educación de 2010.

28 Instructivo Presidencial Nº 5 que implementa iniciativas de Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad. 25 de junio de 2008.

de Asuntos Indígenas[29]; (2) Que se establezcan acciones en cada Ministerio con el fin de incentivar las políticas de reconocimiento, promoción y fomento de la diversidad cultural; (3) que se estudien las políticas, planes y programas de cada Ministerio para incorporar la pertinencia indígena; (4) que se establezcan mecanismos de información y consulta a los pueblos indígenas y; (5) que se establezcan medidas de información del diseño o ejecución de planes y programas destinados a los pueblos indígenas. Por otra parte, desde el 2010 otro instructivo presidencial[30] obliga a las autoridades provinciales y regionales a incluir a las autoridades tradicionales reconocidas en las ceremonias oficiales que se realicen.

Tanto la normativa de rango legal como la reglamentaria y las instrucciones emanadas de la Presidencia enuncian y reconocen aspectos de interculturalidad destacables, ya sea reconociendo a las autoridades tradicionales como un "otro" al que hay que valorar y no asimilar, como estableciendo reparticiones públicas que asuman la tarea de estudiar y promover relaciones con los pueblos indígenas.

29 Realizando un levantamiento de información mediante la revisión de páginas WEB de 23 Ministerios y consultando además telefónicamente en aquellos que no era posible obtener respuesta por la primera vía, se pudo obtener lo siguiente: de los 23 Ministerios consultados existen 10 Ministerios que han creado la Unidad, área o departamento relacionado a temas indígenas (Bienes Nacionales, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, Defensa Nacional, Desarrollo Social, Educación, Energía, Minería, Relaciones Exteriores, Salud y Secretaría General de la Presidencia), 1 Ministerio que no tiene creado la Unidad a nivel Ministerial pero sí en uno de sus Servicios dependientes (Economía tiene creada la Unidad de Asuntos Indígenas en la Subsecretaría de Pesca). En los Ministerios de Agricultura, Deporte, Justicia, Transportes y Telecomunicaciones, Trabajo y Vivienda, existen personas encargadas del tema pero no existe creación formal de la Unidad de Asuntos Indígenas o bien el tema es abordado por personal dentro de otras unidades que abarcan diversidad de temas de inclusión, siendo uno más de ellos el relacionado a comunidades o personas indígenas. Los Ministerios De la Mujer y Equidad de Género, Hacienda y Medio Ambiente indicaron no tener creada la Unidad o no tener conocimiento de la existencia de encargados del tema. Por otra parte, quedó pendiente la confirmación de la información para los Ministerios de Interior y Seguridad Pública, Secretaría General de Gobierno y Obras Públicas.

30 Instructivo Presidencial N° 3 Imparte instrucciones para que se consideren Autoridades Tradicionales Indígenas en las Ceremonias Oficiales. 4 de agosto de 2010.

POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERCULTURALIDAD

En el área de educación, la interculturalidad ha sido integrada considerablemente a la labor de los órganos educativos, contando con un respaldo normativo en la Ley General de Educación que permite el desarrollo de iniciativas en la materia.

De acuerdo con la información disponible[31], el Ministerio de Educación ejecuta un Programa de Educación Intercultural Bilingüe (PEIB), iniciado en1996 y reformulado este año 2015, consistente en incentivar la lengua indígena de dos maneras: en establecimientos focalizados en donde se cuenta con un educador tradicional contratado por la SEREMI respectiva y en establecimientos que deben establecer una asignatura de lengua indígena.

Al 2015, en la primera modalidad, existen 637 iniciativas a lo largo del país, estando la mayoría de ellas en La Araucanía, con 267 establecimientos. En la segunda, existen 2.012 establecimientos con el programa de lengua indígena implementado, y 1.283 por implementar, estando concentradas estas iniciativas nuevamente en La Araucanía, pero también en la región de Los Ríos y de Los Lagos.

Junto con las medidas de lengua indígena existen iniciativas de menor intensidad, entre ellas talleres para fomentar la convivencia pacífica entre culturas y talleres de revitalización de culturas. Estas iniciativas suman 640 entre 2012 y 2015 (a la fecha de recepción del oficio, en septiembre)[32].

El enfoque dado por el MINEDUC es interesante, ya que no solamente promueve la interculturalidad en zonas en donde existe alta concentración de miembros de un pueblo indígena, sino que implementa sus políticas en establecimientos públicos a lo largo de país. Es importante valorar a la interculturalidad como una necesidad del Estado en su conjunto y no solamente como una forma de administrar relaciones en sectores determinados con alta población indígena.

31 Oficio Ordinario Nº 05/000654 de 21 de septiembre de 2015, en respuesta al Oficio Ordinario Nª 451 de 18 de agosto de 2015 enviado por el INDH.

32 La Información proporcionada por el MINEDUC no contempla la desagregación por regiones.

En el área de la salud, además de los cuerpos legales que reconocen la interculturalidad, han existido avances implementados por el Ministerio de Salud[33] desde 1996, mediante el desarrollo de una línea técnica llamada "Salud y Pueblos Indígenas".

Uno de los fundamentos de esta política pública, en el entendimiento del Ministerio de Salud, "es el reconocimiento de que ningún sistema médico es capaz de satisfacer por sí solo todas las demandas de salud que presenta una población, lo que implica dejar de concebir el modelo biomédico como el único deseable y válido"[34]. De esta forma, al reconocerse diferentes sistemas médicos asentados en cada cultura que compone la sociedad, el enfoque intercultural permite acercar dichos sistemas, lograr una interacción y enriquecer las medidas en salud que se desarrollen.

A nivel nacional, el Programa de "Salud y Pueblos Indígenas" funciona en 26 Servicios de Salud, de los 29 existentes[35]. Se destacan iniciativas tales como la atención complementaria con personas indígenas con conocimientos de salud desde su propia cosmovisión, la habilitación de espacios en centros médicos para la atención en salud de población indígena, y la incorporación de las indicaciones médicas de agentes de salud indígena en las fichas de pacientes hospitalizados, entre otras medidas[36].

Por lo demás, en el sistema judicial, de acuerdo con la información de que dispone el INDH[37], han existido algunas iniciativas que promueven el enfoque de interculturalidad en los diferentes órganos que componen la administración de justicia del Estado. Así, durante los últimos años se han implementado iniciativas circunscritas a sectores determinados como: capacitaciones a Gendarmería de Chile para evitar la discriminación dentro de los penales; la señalética bilingüe del Servicio Médico Legal en zonas de alta concentración mapuche; la existencia de una Defensoría Penal Mapuche para la Región de La Araucanía que cuenta con facilitadores interculturales; la capacitación desde el 2011 de funcionarios de la Defensoría Penal Pública (abogados, facilitadores y profesionales) de diferentes regiones para asumir de mejor forma la defensa de imputados indígenas; y la existencia de un programa en CONADI de Defensa Jurídica en materias civiles a personas y comunidades indígenas que lo requieran.

Se debe destacar que las medidas informadas por el Estado de Chile en materia de interculturalidad del área de justicia, no están referidas a las Policías, a la Fiscalía o al Poder Judicial, sino que se concentran en la Defensoría Penal Pública, que solamente interviene cuando personas pertenencientes a los pueblos indígenas son objeto de una acusación penal, y no cuando requieren ejercer derechos, como las demandas sobre tierras o la preservación de su cultura, asesoría que es prestada por CONADI en esos casos. Aunque aún incipientes, se deben valorar en este sentido, las instancias en que ha participado el Poder Judicial para abordar los desafíos de la implementación en Chile del Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la Justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes,

33 De acuerdo a la información entregada por el Ministerio de Salud al INDH, a través de correo electrónico del 2 de octubre de 2015.

34 Ministerio de Salud. Informe Política y Programas de Salud y Pueblos Indígenas. Pág. 1. Entregado a través de correo electrónico del 2 de octubre de 2015.

35 De acuerdo a los datos entregados por el Estado de Chile al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el proceso del Examen Periódico Universal de 2013.

36 De acuerdo a la información entregada por el Estado de Chile al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en el proceso de Reporte Periódico de 2008. En dicho Informe se expresó: "264. Las experiencias en interculturalidad que presentan un mayor desarrollo son: a) la atención complementaria en la comuna de Putre, con la participación de médicos tradicionales aymara en las rondas médicas (Servicio de Salud de Arica); b) la construcción y habilitación de tres rucas para las machi del territorio, en el centro de salud intercultural Lof Pantano (Servicio de Salud Araucanía Norte); c) el espacio de atención para agentes de salud mapuche, la adecuación del sistema de atención y la capacitación del equipo de trabajo en el centro de salud Boroa Filulawen (Servicio de Salud Araucanía Sur); d) la construcción e implementación del centro de salud intercultural (Servicio de Salud Bíobío); e) el módulo mapuche en el Hospital Nueva Imperial, con atención de agentes de salud mapuche (Servicio de Salud Araucanía Sur); f) la formación de un equipo de salud intercultural en maternidad, con la participación de cuatro matronas, un médico y la incorporación de partera para la atención del parto (Servicio de Salud Iquique); g) el establecimiento de un sistema de referencia y contrarreferencia a los agentes de medicina validados por las propias comunidades; h) la inclusión, en la ficha clínica de pacientes indígenas hospitalizados, de los diagnósticos e indicaciones dadas por el agente de salud indígena; i) la asistencia de especialistas indígenas a pacientes hospitalizados".

37 Informes del Estado de Chile ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de los años 2008 y 2013, además del Informe del Estado de Chile al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el proceso del Examen Periódico Universal de 2013.

comunidades y pueblos indígenas, y las Reglas de Brasilia[38]. Dicho Protocolo promueve la inclusión de un enfoque de interculturalidad en el accionar de los órganos de justicia cuando los pueblos indígenas son sometidos a ella[39].

En este ámbito, un caso paradigmático de la ausencia de un enfoque intercultural en el proceso judicial es el de la pastora aymara Gabriela Blas[40].

Además de lo analizado en el campo de la educación, la salud y la justicia, existen otros ámbitos en los cuales se cristalizan los esfuerzos del Estado por incorporar una perspectiva intercultural en su quehacer. A modo de ejemplo, se pueden mencionar las siguientes medidas: la incorporación en instituciones públicas a nivel central y regional, y en numerosas oficinas municipales, de señalética en lenguas indígenas[41]. En otro plano, el Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario, INDAP, cuenta con el Programa de Desarrollo Territorial Indígena, dirigido a "las familias indígenas, pertenecientes a Comunidades, Asociaciones o Grupos de Hecho", cuyo propósito es brindar asesorías técnicas individuales prediales y grupales en los rubros que se desarrollan; cofinanciar proyectos de inversión, donde INDAP entrega los incentivos para cubrir hasta el 95% del valor bruto del proyecto; y articular o complementar con apoyo y financiamiento tanto de INDAP como de otras instituciones de la red de fomento público-privada. Por su parte, este año, el Programa Transferencia Mujer Emprende de SERNAM, en la región de La Araucanía, se ha propuesto "Contribuir al fortalecimiento y generación de competencias emprendedoras de mujeres preferentemente mapuche y contribuir al fortalecimiento del Buen Vivir y a la generación de competencias colectivas en ámbitos comunitarios y productivos". Un ejemplo adicional es el del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, que implementa el Programa Tesoros Humanos Vivos, cuyo objetivo es reconocer las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial de nuestro país. Para ello otorga reconocimiento a cultores y cultoras, entendidos como aquellas personas naturales, comunidades o colectivos portadores de conocimientos, expresiones o técnicas arraigadas en las tradiciones culturales representativas de una comunidad o grupos determinados del que son reconocidos como miembros. Desde sus inicios en 2009 ha otorgado reconocimiento en calidad de Tesoros Humanos Vivos a 38 cultores/as y comunidades/colectivos.

PROCESOS DE CONSULTA PREVIA DESARROLLADOS

La obligación del Estado de consultar previamente a los pueblos indígenas antes de adoptar medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente, establecida en el Convenio 169 de la OIT, ha sido abordada por el INDH en sus informes anuales desde su instalación[42].

38 Reunión del Presidente de la Corte Suprema con organizaciones del pueblo mapuche realizada en Temuco, en el mes de junio de 2015, y participación del mismo Presidente y del Ministro de la misma Corte, Sr. Lamberto Cisterna, y del Ministro de la Corte de Apelaciones de Temuco, Sr. Alvaro Mesa, en Seminario sobre Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas, comunidades y pueblos indígenas, realizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de Temuco, en el mismo mes de junio de 2015.

39 Ver http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/banner/archivos/Protocolo_Iberoamericano.pdf

40 De acuerdo con el Informe Anual 2011 del INDH: "Gabriela fue acusada de abandono con resultado de muerte de su hijo de tres años, y condenada a 12 años de presidio mayor en su grado medio, que ella actualmente cumple en la cárcel Acha de alta seguridad, en Arica. En julio de 2007, la joven trabajaba en el pastoreo de llamas en el altiplano cerca del volcán Tacora en el límite con Perú. Su pago era de tres mil pesos diarios. De acuerdo a la defensa y a su propio testimonio, una tarde, volviendo con los animales, se le quedaron dos atrás. La defensa explicó que, siguiendo las costumbres de pastoreo de su pueblo, no vio riesgo en dejar un tiempo solo al niño sobre el aguayo mientras buscaba a las llamas. Cuando regresó, el niño ya no estaba. Al día siguiente, Gabriela bajó al poblado de Coronel Alcérreca a poner la denuncia ante Carabineros. El cuerpo del niño fue encontrado el 2 de diciembre de 2008 en el sector de Palcopampa, a 12 km de distancia de donde se perdió. El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica condenó a Gabriela, en abril de 2010, a 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio por el abandono del menor con resultado de muerte. La defensa interpuso un recurso de nulidad, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Arica. En el nuevo juicio, en octubre de ese año, Gabriela resultó condenada a 12 años" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 130). Se debe señalar que el 2012, Gabriela Blas fue indultada.

41 Además de la Ley 20.584, conocida como de derechos y deberes del paciente, que se refiere a la atención en salud con pertinencia cultural, lo que incluye señalética en español y en idioma del pueblo originario que corresponda al territorio, y solo como ejemplos adicionales en este ámbito, el Registro Civil y de Identificación incorporó señalética en mapudungun en sus oficinas regionales; el gobierno regional de La Araucanía lo viene haciendo desde la década pasada; y la Seremía de Educación en Biobío lo hizo este año 2015, al incorporar señalética en Chedungun/Mapudungun/Castellano.

42 Ver Informe Anual 2010, pág. 94; Informe Anual 2011, pág. 36; Informe Anual 2012, pág. 66; Informe Anual 2013, pág. 21 e; Informe Anual 2014, pág. 229.

Este deber de consulta previa constituye, si bien no exclusivamente, uno de los instrumentos disponibles para avanzar en la interculturalidad en los Estados. Como el INDH dijo en 2013 (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pág. 66), la consulta es un "verdadero instrumento de participación"[43], que puede posibilitar un "diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común"[44].

La exigencia y oportunidad del ejercicio de la interculturalidad en la consulta previa es un elemento determinante para calificar como "adecuado" dicho proceso. En palabras de la Corte IDH: "las consultas a Pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones"[45]. Por tal razón, un proceso de consulta alejado de un enfoque de interculturalidad corre el riesgo de no ser considerado como válido por los propios pueblos, y fracasar en su esfuerzo por construir diálogos de buena fe.

Durante el 2015 se han terminado de desarrollar en el país dos procesos de consulta previa a nivel nacional: (1) el proceso de consulta previa referido a la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas y del Consejo o Consejos de Pueblos Indígenas, desarrollado por el Ministerio de Desarrollo Social (MDS) y, (2) el proceso de consulta previa de la indicación sustitutiva al anteproyecto de ley que crea el Ministerio de Cultura, Arte y Patrimonio, desarrollado por el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (CNCA).

El INDH ha realizado labores de observación en ambos procesos, y ha elaborado informes acerca de su desarrollo y contenidos, desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos.

43 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 23.

44 CEACR: Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, Bolivia, 2005, párr. 6.

45 CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 202.

CONSULTA PREVIA SOBRE EL MINISTERIO DE PUEBLOS INDÍGENAS Y DEL CONSEJO O CONSEJOS DE PUEBLOS INDÍGENAS[46]

Durante el 2014 el Ministerio de Desarrollo Social decidió someter a consulta previa las propuestas tendientes a establecer un Ministerio de Pueblos Indígenas y de la creación del Consejo Nacional y Consejos de Pueblos Indígenas, medidas que son valorables en tanto se orientan a fortalecer la institucionalidad pública en este ámbito. Al respecto el INDH ha sostenido que "el país ha contado con una institucionalidad que si bien dio respuestas a demandas en su momento, ha demostrado su agotamiento e insuficiencia. De prosperar las iniciativas de ley señaladas se podría avanzar en superar dichas instancias, precarias en su existencia y débiles en sus atribuciones, que en el pasado reciente intentaron coordinar la acción gubernamental hacia los pueblos indígenas" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015, pág. 5).

El INDH recibió, en septiembre de 2014, una invitación de parte de la entonces Ministra de Desarrollo Social, Sra. María Fernanda Villegas, para realizar la observación al proceso de consulta previa[47]. El Consejo del INDH, en mérito de sus facultades y mandato legal, dispuso aceptar dicha invitación sujetándola a la condición de que la misma fuera aceptada por las organizaciones, autoridades y personas indígenas que participarían de dicho proceso.

Las medidas sometidas a consulta fueron, en primer lugar, la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas, abordándose las siguientes materias: (1) La naturaleza del órgano; (2) funciones y atribuciones; (3) la organización interna; (4) los lineamientos de la Política Nacional Indígena; (5) La aplicación del Convenio 169 de la OIT y la labor coordinadora del Ministerio concerniente a su aplicación en

46 Ver INDH, Informe de observación sobre el proceso de consulta previa desarrollado por el Ministerio de Desarrollo Social referido a la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas y del Consejo o Consejos de Pueblos Indígenas, Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 4 de mayo de 2015 - Sesión 250.

47 Ministerio de Desarrollo Social. Ordinario 01/1927 de 2 de septiembre de 2014 por el que se solicita participación del INDH en proceso de consulta indígena.

otras reparticiones públicas; (6) la opinión respecto de las Áreas de Desarrollo Indígena y; (7) la determinación del sucesor de la actual CONADI, siendo un posible sucesor el mismo Ministerio sometido a consulta.

La segunda medida sujeta a consulta se refirió a la creación del Consejo Nacional y Consejos de Pueblos Indígenas, que contuvo los siguientes componentes: (1) La creación de un Consejo de Pueblos para cada pueblo reconocido y; (2) la creación de un Consejo Nacional de Pueblos Indígenas.

Los documentos base para la consulta fueron dos, los que se entregaron a los participantes y se subieron a la página *web* del Ministerio. Estos contenían las ideas matrices y no eran propiamente un proyecto con articulados definidos, no obstante, el INDH consideró que los documentos del Estado aportados a la discusión contenían información en cantidad y claridad suficiente como para dialogar referido a la propuesta.

La Consulta se efectuó considerando a los nueve pueblos indígenas reconocidos por la ley[48] –dejando fuera a otros grupos como los afrodescendientes–, y se planificó en cinco etapas: (1) planificación, (2) entrega de información, (3) de deliberación interna, (4) de diálogo y, (5) de sistematización y entrega de información, de acuerdo con el esquema propuesto en el Decreto Supremo Nº 66 del Ministerio de Desarrollo Social. A lo largo de este proceso, que comenzó el 3 de septiembre de 2014 y finalizó en marzo de 2015, se realizaron encuentros en 122 localidades y se contrató a 14 hablantes de lenguas originarias que facilitaron la comunicación con algunos grupos de pueblos participantes en las primeras dos etapas de la Consulta (Ministerio de Desarrollo Social, 2015, pág. 15). Posteriormente, en la etapa de deliberación interna, el Ministerio apoyó a las organizaciones participantes y facilitó la contratación de asesores técnicos cuando estos fueron requeridos.

Entre los principales consensos logrados se pueden destacar los siguientes:

A. En relación con la Consulta relativa al Ministerio de Pueblos Indígenas:

(1) El nombre del Ministerio será Ministerio de Pueblos Indígenas.

(2) Existirá un órgano dependiente del Ministerio encargado de efectuar las futuras consultas indígenas.

(3) El Ministerio mantendrá un registro de organizaciones tradicionales de los pueblos indígenas.

(4) La actual CONADI se transformará en un servicio relacionado del Ministerio, dejando de existir como corporación de derecho público. Los fondos asignados actualmente a la CONADI serán transferidos al servicio relacionado que se creará.

B. En relación con la creación de los Consejos y Consejo de Pueblos Indígenas.

B.1. Consejos de Pueblos Indígenas

(1) Se decide denominar a esta institución como Consejo de Pueblos Indígenas.

(2) Este Consejo tendrá atribuciones sobre su propia orgánica de carácter resolutivo, facultativo y vinculante.

(3) Cada Consejo se conformará por un número de entre 3 a 35 miembros, dependiendo del Pueblo Indígena, dando un total de 69 miembros[49] dividido en 9 Consejos.

(4) Cada consejero será elegido por su pueblo mediante un padrón electoral administrado por la Subsecretaría de Pueblos Indígenas del Ministerio del mismo nombre. Además, cada consejero tendrá una dieta determinada de acuerdo con el presupuesto de la Nación.

B.2 Consejo Nacional de Pueblos Indígenas

(1) El Consejo Nacional se compondrá de Consejeros de Pueblos Indígenas elegidos internamente. Al tener la calidad de Consejeros de Pueblos Indígenas, al integrar el Consejo Nacional no percibirán dieta adicional.

48 Pueblos Aymara, Quechua, Lican Antai, Diaguita, Mapuche, Rapa Nui, Kawésqar, Yagán y Colla.

49 35 miembros del Pueblo Mapuche, 3 miembros del Pueblo Rapa Nui, 9 miembros del Pueblo Aymara, 3 miembros del Pueblo Quechua, 5 miembros del Pueblo Lican-Antai, 3 miembros del Pueblo Colla, 5 miembros del Pueblo Diaguita, 3 miembros del Pueblo Kawashkar y 3 miembros del Pueblo Yagán. Los representantes Aymara y Colla no estuvieron conforme con los números de representantes.

(2) La integración del Consejo Nacional se efectuará con un representante de cada Consejo de Pueblo Indígena, a excepción del Pueblo Mapuche que tendrá cinco consejeros nacionales, y el Pueblo Aymara y Diaguita que tendrán dos consejeros nacionales.

Como lo expresó en su informe, el INDH valora el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado por parte del MDS mediante la realización de esta consulta previa y los esfuerzos de los representantes, dirigentes y autoridades de los pueblos indígenas que participaron. El Instituto celebra las posibilidades de llegar a acuerdos como los alcanzados en estos contextos, sin perder de vista la magnitud del desafío y la complejidad de estos procesos, en tanto tienen lugar en el marco de relaciones interculturales con déficits históricos, que van más allá de las consultas específicas que convocan al diálogo.

No obstante, a lo largo de este proceso el INDH identificó algunas debilidades a la luz de los estándares internacionales sobre la materia, que dejó planteadas en su informe final (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015). En la etapa inicial de planificación, el INDH pudo constatar en algunas de las reuniones que observó en las regiones de Biobío y La Araucanía, que primó un clima de desconfianza que no pudo ser superado en las etapas siguientes. A la vez, el INDH supo de procesos de diálogo que no concluyeron, solicitudes de extensión de plazo para dialogar que no fueron consideradas, y que incluso ocasionaron la interposición de acciones judiciales (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015, pág. 20).

Adicionalmente, el INDH observó que el diálogo en torno a la creación del Ministerio tuvo mayor priorización en perjuicio del debate en torno a los Consejos de Pueblos Indígenas, evidenciándose que los plazos de discusión tuvieron que haber sido más extensos que los que finalmente se establecieron (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015, pág. 24). El INDH también detectó diferencias de trato hacia la población afrodescendiente –la que no fue consultada– que eventualmente podría entrañar un trato discriminatorio. Con todo, ya que esta medida se transformará en un proyecto de ley, el INDH espera que se remedie esta omisión en etapas ulteriores del proceso legislativo. Finalmente, el INDH verificó que el hecho de que el proceso se hubiera llevado a cabo simultáneamente a la consulta impulsada por el CNCA, creó confusiones y desincentivos entre los pueblos participantes, a lo que se sumó que ambos procesos tuvieron diferencias metodológicas relevantes.

En términos generales, una última preocupación que es necesario destacar dice relación con el reiterado planteamiento, por parte de actores de los pueblos indígenas a lo largo del proceso, referido a la necesidad de derogar el Decreto Supremo Nº 66 (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015, pág. 10). Esto llevó a que la entonces Ministra anunciara un proceso de revisión de dicho decreto, que a la fecha de cierre de este informe aún no ha tenido ningún avance[50]. El INDH hizo un llamado "a que las autoridades de Medio Ambiente y de Desarrollo Social fijen, con participación de los pueblos indígenas, un cronograma que permita definir los plazos y el modo en que se revisarán dichos instrumentos" (INDH, Informe consulta MDS: 22).

CONSULTA PREVIA DE LA INDICACIÓN SUSTITUTIVA AL ANTEPROYECTO DE LEY QUE CREA EL MINISTERIO DE CULTURA, ARTE Y PATRIMONIO

Igual que la anterior, este proceso de consulta previa comenzó el 2014, sometiendo a discusión la creación de una nueva institucionalidad cultural. La entonces Ministra Presidenta del CNCA, Claudia Barattini Contreras, en reunión sostenida con la Directora del INDH, el 29 de mayo de 2014, solicitó la participación del INDH en calidad de observador del proceso de consulta previa. Al igual que en otros casos, el INDH sujetó su participación a la condición de que la misma fuera aceptada por las organizaciones, autoridades y personas indígenas que concurrieran a dicho proceso.

El CNCA consultó el borrador de la propuesta de indicación sustitutiva al proyecto de ley que crea el Ministerio de

50 http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/2014/11/05/ministros-de-desarrollo-social-y-medioambiente-anuncian-revision-de-decretos-que-regulan-consulta-indigena-y-tramitacion-ambiental-de-proyectos

Cultura, Arte y Patrimonio[51]. El Proyecto de ley que se pretende sustituir mediante la indicación fue presentado originalmente por mensaje del expresidente Sebastián Piñera en mayo de 2013[52]. La iniciativa plantea la creación del Ministerio de Cultura. Esta nueva institucionalidad tendrá como una de sus misiones la de propender a un desarrollo cultural armónico y equitativo, reconociendo la identidad y diversidad cultural del país. Desde un punto de vista organizativo, ese proyecto de ley prevé que junto al Ministerio se constituya un Consejo Nacional de la Cultura y el Patrimonio, una Subsecretaría, Secretarías Regionales y Consejos Regionales de la Cultura y el Patrimonio. Se propone crear el Instituto de Fomento de las Artes e Industrias Culturales; la Dirección del Patrimonio Cultural; la Secretaría Ejecutiva de Monumentos Nacionales; el Sistema Nacional de Bibliotecas Públicas y de Archivos, y un Sistema Nacional de Museos.

En este caso, el CNCA no solamente consultó a los nueve pueblos indígenas reconocidos, sino que también se convocó a la comunidad afrodescendiente de Arica y Parinacota. Respecto de la comunidad afrodescendiente, el INDH valoró su inclusión. Sobre ello, el Informe Anual 2014 hizo referencia a la Recomendación General Nº 34, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en el 2011, dirigida a la población afrodescendiente, que precisó los alcances de los derechos de que es titular este colectivo de conformidad a la Convención: "El órgano de control sostuvo que los afrodescendientes son titulares de derechos individuales y colectivos, entre otros, a ejercer sin discriminación alguna el derecho de propiedad, incluidos el uso, la conservación y la protección de las tierras que hayan ocupado tradicionalmente, en caso de que los modos de vida y su cultura estén vinculados a la utilización de esas tierras y recursos. En segundo término, reconoce y promueve el derecho a la identidad cultural y a mantener, salvaguardar y promover su modo de vida y sus formas de organización, cultura, idiomas y expresiones religiosas; y el derecho a que se les consulte previamente cuando se tomen decisiones que puedan ser susceptibles de afectar sus intereses, de conformidad con las normas internacionales[53]. Esta interpretación es consistente con el tratamiento de estos colectivos como pueblos tribales, y en esa condición, titulares de similares derechos a los que les corresponden a las naciones o pueblos originarios, en la medida que mantengan y conserven modos de vida, tradiciones, y cosmovisiones basadas en sus costumbres, incluida una especial relación con el territorio en que habitan" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, pág. 129). Otro actor que participó formalmente y que no había sido considerado con anterioridad, involucra a los representantes que se autoidentifican como descendientes del pueblo chango, que no se encuentra reconocido en la legislación nacional. En este ámbito, los acuerdos alcanzados señalan que el "Estado impulsará el reconocimiento de los pueblos preexistentes, por ejemplo el pueblo Chango" (Consejo Nacional de la Cultura y las Artes)[54].

La consulta se estructuró en 16 procesos regionales, "cada uno atendiendo a las dinámicas etnoterritoriales particulares de cada zona" (Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, 2015, pág. 3), iniciados el 28 de septiembre de 2014 mediante encuentros informativos que duraron hasta el 30 de octubre del mismo año. Posteriormente, durante los siguientes siete meses se llevaron a cabo encuentros regionales que culminaron en acuerdos incorporados a actas, estas fueron explicadas en un encuentro nacional organizado el 21 y 22 marzo de 2015 por el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. A ese encuentro nacional concurrieron representantes de los Pueblos consultados por medio de 212 delegados, elegidos al cierre de cada proceso regional.

Dentro de los acuerdos logrados se pueden destacar los siguientes:

(1) Se determinó que los acuerdos logrados sean vinculantes.

(2) El nombre de la institucionalidad cultural será Ministerio de las culturas, las artes y el patrimonio.

51 Número de Boletín 8938-24, iniciado en Mensaje del presidente Sebastián Piñera, e ingresado a la Cámara de Diputados el 14 de mayo de 2013 El documento está disponible en: http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2014/10/Indicacion-Sustitutiva-Proyecto-de-ley-que-crea-el-Ministerio-de-Cultura.pdf

52 Proyecto de ley se encuentra en primer trámite constitucional, sin movimiento desde el 5 de marzo de 2014.

53 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General Nº 34 Discriminación racial contra afrodescendientes. CERD/C/GC/34. 3 de octubre de 2011, párr. 4.

54 Punto 5 del documento.

(3) Se acordó reconocer, respetar y promover la pluriculturalidad existente en el país, constituida por los nueve Pueblos Indígenas reconocidos y por el Pueblo Tribal de Afrodescendientes de Arica y Parinacota.

(4) Se acuerda que el Estado impulsará el reconocimiento de los pueblos preexistentes, como el Chango.

(5) Se determinó incorporar al proyecto de ley un concepto de patrimonio cultural indígena que contemplará los siguientes elementos: "el patrimonio cultural material, inmaterial y territorial de los pueblos indígenas del territorio de Chile, que surge de la cosmovisión y la cultura viva de los pueblos originarios, de su relación con la tierra y con el medio marino y en general con su entorno natural y del análisis de las definiciones por aquellos elementos establecidos en la normativa internacional, particularmente por UNESCO y los demás instrumentos de derecho internacional aplicables en la materia" (Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, 2015, pág. 13).

(6) Se creará un Consejo de Pueblos Originarios, cuya conformación y composición estará entregada a un reglamento. En relación con el Pueblo Afrodescendiente, se buscará una fórmula para que este participe dentro de la orgánica del Ministerio.

(7) Proteger y fomentar la transmisión de la cultura ancestral.

(8) Reconocimiento de las autoridades tradicionales de los Pueblos Indígenas de acuerdo con su linaje, *ancestralidad* y, en especial, atendiendo sus propios usos y costumbres.

Este proceso, de acuerdo con la observación realizada por el INDH (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015)[55], concluyó satisfactoriamente en un encuentro nacional, destacándose los esfuerzos del Estado en el impulso y la metodología del proceso, así como la participación de representantes, dirigentes y autoridades de los pueblos indígenas y comunidad afrodescendiente de Arica y Parinacota. En particular, el INDH destacó la preparación del proceso por parte del CNCA acorde a todas las sensibilidades culturales, con personal capacitado suficiente. El INDH también valoró que "el proceso fue flexible y cada región se adecuó a las circunstancias de manera de privilegiar las necesidades y tiempos de los propios interesados en participar de la consulta. […] [C]ada región, incluido el territorio de Isla de Pascua, concluyeron sus procesos, de manera de alcanzar acuerdos y sistematizar el debate a nivel regional, el que luego fue entregado en la jornada nacional" (INDH, Informe consulta CNCA: 13).

Sin embargo, este proceso de consulta, como se ha señalado, al ser realizado de manera paralela con el impulsado por el Ministerio de Desarrollo Social, dificultó la posibilidad de participación de los pueblos indígenas en ambos procesos. En relación con lo anterior, el INDH expresó su preocupación por "la baja participación que en ocasiones pareciera darse a lo largo de estos procesos. Pudiendo existir una variedad de razones que expliquen esta circunstancia, el INDH invita a los pueblos indígenas a realizar el mayor esfuerzo posible por definir sus instituciones representativas, de modo de mejorar las condiciones que aseguren su participación en procesos futuros, y en la vida nacional en general" (INDH, Informe consulta CNCA: 18). Asimismo, es importante consignar que en esta consulta se reiteraron las críticas respecto del Decreto Supremo 66, pidiéndose su derogación (Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, 2015, pág. 10).

Por último, han preocupado al INDH los conflictos que se han generado con ocasión de la administración de parte del territorio Rapa Nui que forma parte del Parque Nacional del mismo nombre. Este Parque existe como tal desde 1935 y su administración reside en la Corporación Nacional Forestal desde que le fuera concedido su uso gratuito mediante el Decreto Supremo Nº 1203, de 20 de diciembre de 1973. Durante el presente año se observaron diversas manifestaciones y conflictos derivados de la forma de la administración y de la naturaleza del Parque. Por una parte, la administración estatal no ha reconocido al pueblo Rapa Nui como sujeto activo de la administración de su territorio[56] y,

55 Además ver página web del proceso http://consultaindigena.cultura.gob.cl e Informe Final, disponible en: http://consultaindigena.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/sistematizacion-encuentro-nacional-consulta-previa.pdf

56 El 25 de octubre se llevó a cabo un proceso de consulta sobre la forma de coadministración del Parque. Los resultados de este proceso, que contó con una reducida participación, fueron los siguientes: de las 319 personas que votaron, 86,6% se manifestó a favor de la coadministración.

por otra, se advierte que falta una perspectiva intercultural integral en la política de espacios que van más allá de la pura diversidad biológica. Estos sitios poseen dimensiones territoriales, antropológicas, arqueológicas y espirituales propias que requieren de un tratamiento especial de parte del Estado. A juicio del INDH, el Estado debería garantizar, a lo menos, la coadministración del Parque en las mismas condiciones que se hace en otras partes del país (existen experiencias comparadas relevantes), y, por otra parte, diseñar una política que incorpore la variable intercultural en el diseño y administración de los parques nacionales. Todo lo anterior, sin perjuicio de resolver las eventuales demandas de restitución que pudieren existir sobre estos territorios.

VIOLENCIA EN EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES INTERCULTURALES EN LA ARAUCANÍA

El INDH ha manifestado frecuentemente su preocupación por hechos de violencia en contextos interculturales. Al cierre de este informe, el Instituto ha realizado 14 misiones de observación[57] en diferentes localidades del país, que han dado cuenta de conflictos interculturales de algún grado, incluidos conflictos con violencia. Por otra parte, el Instituto ha acudido a tribunales en defensa de víctimas de torturas en contextos de conflictos interculturales en cinco ocasiones[58]. Mientras tanto, en La Araucanía el INDH ha interpuesto Recursos de Amparo en a lo menos 20 ocasiones por casos[59] en donde existía riesgo para la libertad y seguridad de personas de pueblos indígenas, amenazados por una autoridad pública, en el marco del movimiento de reivindicación de tierras mapuche.

Sin lugar a dudas, La Araucanía es la región que presenta mayores hechos de violencia ocasionados en contextos de conflicto intercultural, la que incluye tanto la violencia sobre población mapuche como los actos de violencia que se ejercen contra población no indígena en la región. En este último caso, en septiembre de este año se realizó una manifestación de camioneros que, con pancartas de la Confederación Nacional del Transporte de Carga de Chile y de la Multigremial Nacional de Emprendedores, viajaron desde la región hacia la capital con el objeto de entregar una carta a la presidenta Bachelet, reclamando por la situación de violencia que los afecta en La Araucanía. Al mismo tiempo, en octubre de este año, en el contexto de su 156 Período de Sesiones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos escuchó a las entidades Alianza Territorial Mapuche (ATM), Fundación Apoyo a la Niñez y sus Derechos (ANIDE) y al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), quienes concurrieron para dar a conocer diversas "denuncias sobre la violencia de niños y niñas mapuche e impunidad en Chile".

Este tema ha sido abordado por el INDH en distintas oportunidades, problematizando el hecho de que "la respuesta estatal que se ha hecho sentir con particular intensidad frente a esta problemática es aquella que proviene del uso de la fuerza a través de la persecución penal y la intervención policial. Así lo sugieren, por una parte, las formas extremas que el uso de la fuerza policial ha alcanzado particularmente

57 Misión de Observación en Temuco y Chol Chol (Enero de 2010); Misión de Observación en Rapa Nui (16 al 19 de diciembre de 2010); Misión de Observación a Juicio contra Comuneros Mapuche en Cañete (Años 2010 a 2011); Misión de Observación Región de La Araucanía (17 al 20 de enero de 2012); Misión de Observación a Trafún, Comuna de Panguipulli (7 y 8 de marzo de 2012); Proyectos de Inversión en Tierras y Territorios Indígenas Mapuche (Mayo de 2013); Misión de Observación Región de La Araucanía: Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena (Agosto de 2013); Misión de Observación de la Situación de la Población Migrante en Iquique y Colchane (29 a 31 de mayo de 2013); Misión de Observación en Alto El Loa (9 al 12 de agosto de 2013); Misión de Observación a Proyecto Central Hidroeléctrica Los Aromos (Junio a Julio de 2014); Misión de Observación en el Proceso de Consulta sobre la Creación del Ministerio de Pueblos Indígenas (años 2014 y 2015); Misión observación sobre el proceso de consulta previa de la indicación sustitutiva al anteproyecto de ley que crea el Ministerio de Cultura, Arte y Patrimonio (2015), Misión de Observación en Rapa Nui (2015), Misión de Observación a Copiapó, Tierra Amarilla y Chañaral (2015), Misión de Observación en el Proceso de Consulta Indígena desarrollado por CONAF sobre la administración del Parque Nacional Rapa Nui en Isla de Pascua (2015).

58 Querella criminal caso de tortura por funcionarios de Carabineros a comunero mapuche en Cañete, Fiscalía Local de Santa Bárbara RUC 1200038058-8. Iniciada en 2013; Querella criminal caso de tortura cometida por funcionarios de Carabineros en Pueblo Nuevo Temuco. Fiscalía Local de Temuco RUC 1310027866-3. Iniciada en 2013; Querella criminal caso de tortura Lonko de Angol. Fiscalía local de Angol RUC Nº 1301183582-6. Iniciada en 2014; Querella criminal caso de tortura de Werken en Temuco. Fiscalía local de Temuco RUC 1410020933-1. Iniciada en 2014; Caso Adolescentes Coñomil Epuleo. Fiscalía local de Collipulli RUC: 1401070029-K. Iniciada en 2015.

59 Ver información de Causas Judiciales del INDH, disponible en: http://www.indh.cl/causas-judiciales

durante la última década, así como la gran atención que la criminalización y la violencia policial han despertado en organismos nacionales[60] e internacionales, por otra" (Estudio exploratorio INDH 2012: 7). En este marco, el INDH ha señalado que "le parece importante recoger estas voces [las del pueblo mapuche] para tratar el problema de la relación entre el Estado y este pueblo […] desde un discurso complejo, que sobrepase la noción de "conflicto mapuche". Esto puede contribuir al adecuado diseño e implementación de políticas que se encaminen a buscar soluciones a los problemas de base y no solo a las urgencias coyunturales". El INDH también ha señalado en distintas oportunidades la necesidad de que se haga justicia frente a los hechos de violencia que afectan a los integrantes de este pueblo, toda vez que muchos de ellos han quedado en la impunidad. En particular ha manifestado su preocupación por la situación en que quedan los delitos que cometen los agentes policiales del Estado en contra de la población mapuche, toda vez que de acuerdo con la legislación vigente, son de competencia de la justicia militar. En ese sentido, el INDH valora los fallos recientes tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema que han establecido la necesidad de que este tipo de delitos sea de competencia de la justicia ordinaria, lo que resulta fundamental para asegurar que se haga justicia frente a ellos.

El INDH también ha recogido las preocupaciones de la población no mapuche en la región. En relación con este punto, de acuerdo con un estudio desarrollado por el Instituto acerca de la percepción de vulneración de derechos por parte de personas no indígenas en La Araucanía[61], se constata que las personas no mapuche entrevistadas, en su mayoría pequeños parceleros, se consideran también víctimas de este conflicto, al ser entre otras cosas objeto de hechos de violencia. En particular, las víctimas no mapuche entrevistadas denuncian un desamparo institucional al no tener respuestas eficaces de parte de las autoridades públicas de la región ante las situaciones de violencia que les aquejan. Es necesario hacer notar que, si bien los delitos que sufren no constituyen en sí mismos una vulneración de derechos humanos, atribuible por tanto al Estado, sí podría constituirse en una vulneración de derechos la ausencia de acceso a la justicia en relación con esos delitos y la afectación al derecho a la seguridad. Así, entre las personas no mapuche entrevistadas existe una crítica recurrente a la labor de la justicia (que incluye a las policías, al Ministerio Público y a los tribunales de justicia), la que sería ineficiente en sus labores investigativas, impidiendo finalmente acusar y sancionar a los responsables de delitos.

En los últimos años se han planteado diferentes propuestas de abordaje de esta situación, como la presentada en junio de 2014 por el senador Alberto Espina y su par José García Ruminot, llamada "Propuesta por la Paz Social en La Araucanía"[62], o la comunicada en agosto de 2015 por el exintendente de La Araucanía, Sr. Francisco Huenchumilla, titulada "Propuesta al gobierno respecto de la situación de la Región de La Araucanía"[63]. Ambos documentos tienen puntos en común, si bien la última es tajante en su diagnóstico respecto de que "la estrategia judicial y policial usada por los distintos gobiernos desde la década de los 90 a la fecha está agotada" (punto número 3 de la propuesta).

El INDH ha puesto sus esfuerzos en abordar la situación de afectación a los derechos humanos en la región, condenando cualquier acto de violencia, provenga de quien provenga, así como del Estado. Al respecto, el Consejo del INDH ha llamado al Estado a adoptar medidas "incluyendo la revisión del actuar policial en comunidades mapuche,

60 Ver, entre otros, Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Ediciones UDP, 2012, pp. 179-187; Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas y otros, Informe de la misión internacional de observación de la violencia institucional en contra del pueblo mapuche en Chile, 2007; Fundación Instituto Indígena, Informe Ejecutivo: Síntesis de la Situación Indígena en Chile 2009-2010, Temuco, 2012, pp. 3-6; Observatorio Ciudadano y otros, Informe de la Sociedad Civil de Chile al Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas con motivo del Quinto Informe Periódico del Estado de Chile relativo a la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 2009, pp. 1-7; Comisión Mapuche de Derechos Humanos y otros, Informe sobre los Derechos Humanos de la Mujer Mapuche, 2012, pp. 9-19; Fundación Anide y otros, Informe sobre Violencia Institucional hacia la Niñez Mapuche en Chile, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012; INDH, Informe Anual 2012. Programa de Derechos Humanos y Función Policial, 2013, pp. 56-59.

61 El estudio estará disponible en la página web del INDH a fines del 2015.

62 La misma está disponible en www.albertoespina.cl

63 La misma está disponible en http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20150825/asocfile/20150825104647/propuesta_francisco_huenchumilla.pdf

que permitan garantizar la integridad y seguridad de las personas indígenas y no indígenas en La Araucanía y regiones aledañas, así como la aceleración de la investigación y sanción por parte de la justicia de los delitos cometidos en este contexto, asegurando además la reparación a quienes han sido víctimas de la violación de sus derechos humanos en el marco de este conflicto" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015).

En cuanto a las posibles vías de solución, el Instituto ha señalado la necesidad de que el Estado adopte varias medidas de corto, mediano y largo plazo, que basadas en un enfoque intercultural se refieran a todas las aristas del conflicto. En ese marco, el INDH entiende que la persecución penal efectiva de los hechos de violencia, que es ante todo un deber del Estado de Derecho, no puede ser por sí sola la forma de solucionar el conflicto intercultural de la región, ya que el problema subyacente es multifactorial y tiene como uno de sus elementos centrales el conflicto relativo a la propiedad de las tierras, que a su vez hunde sus raíces en el periodo de la colonización y sucesos posteriores. De este modo, si bien la respuesta al conflicto debe incluir una estrategia para asegurar la paz y el orden público en la región, ella necesariamente trasciende a dicha estrategia y constituye una cuestión que, por sobre todo, debe ser resuelta políticamente.

Las normas del derecho internacional de los derechos humanos, y las exigencias concretas que en materia indígena se derivan para los Estados, ciertamente no dan recetas o caminos únicos en la solución de conflictos de esta naturaleza, pero sí iluminan los marcos en los cuales dicho proceso debe darse.

Dichos estándares, que facilitarían la realización de un diálogo como el propuesto ya en 2014, señalan:

(1) La importancia del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas[64], ya que presupone el reconocimiento de la pluriculturalidad en nuestro país, que permiten reconocer la calidad de "otro" en un proceso de diálogo.

(2) La obligación de garantizar la autodeterminación[65], de modo de que cada pueblo indígena, en especial el Mapuche, pueda decidir libremente sus prioridades de desarrollo.

(3) El deber del Estado de reconocer las diferentes formas de organización de los pueblos indígenas, entendiendo por ejemplo que el reconocimiento como colectivo es condición para ejercer diferentes derechos, como el derecho sobre las tierras que tradicionalmente ocupan[66].

(4) La obligación del Estado de dotarse de procedimientos adecuados, en el marco del sistema jurídico, para solucionar la reivindicación de tierras formuladas por los pueblos indígenas. Para ello deberá diseñar instrumentos normativos y mecanismos para determinar qué tierras son las que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (Convenio 169 OIT, art. 14.3). "Al mismo tiempo, el Estado deberá ponderar, sobre la base de que el derecho de propiedad indígena y el de propiedad privada particular son derechos que pueden reconocer limitaciones, ejercicio que deberá cumplir ciertas condiciones: las restricciones de derechos deberán ser establecidas por ley, y ser necesarias, proporcionales y dotadas de una finalidad orientada a lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática" (INDH. Informe Anual 2014: 236)

(5) El deber del Estado de garantizar derechos y de reparar a las víctimas[67]. Sin perjuicio de las obligaciones específicas que tiene en materia de derechos indígenas, el Estado tiene la obligación y la responsabilidad de velar por los derechos de todas las personas que habitan en su jurisdicción. El entendimiento de esta obligación implica no solo considerar responsable al Estado de las violaciones de derechos al pueblo mapuche, cuando corresponda, sino también garantizar

64 Ver INDH, Informe Anual 2013, pág. 19 e Informe Anual 2012, pág. 62.

65 PIDCP, art. 1., PIDESC, art. 1, Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, art. 2.

66 Convenio 169 OIT, arts. 13, 14, 15, 17 y 18.

67 CADH, arts. 1, 8.1, 25. Corte IDH, Caso Ximenez Lopes vs Brasil, 4 de julio del 2006, párr. 232.

los derechos y reparar a las víctimas no mapuche de la falta de medidas estatales de protección de dichos derechos.

En este contexto, el INDH reitera al Estado de Chile la urgente necesidad de crear instancias de diálogo y adoptar medidas en el marco de lo señalado por los estándares internacionales, que permitan evitar una escalada de actos violentos, y lograr una solución duradera al conflicto intercultural existente en la región. Para ello, los estándares establecidos en tratados internacionales en materia de derechos humanos no son solamente una herramienta esencial, sino una obligación legal a la que el Estado se ha comprometido.

BIBLIOGRAFÍA

Anaya, James (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. 5 de octubre de 2009. UN Doc. A/HRC/12/34/Add.6

Anaya, James (2010). Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas. Ginebra. UN Doc A/HRC/15/37/Add.7.

Aywlin, José; Yáñez, Nancy y; Meza-Lopehandia, Matías (2013). Los Pueblos Indígenas y el Derecho. LOM. Santiago.

CEACR (2005). *Observación Individual sobre el Convenio 169, Pueblos Indígenas y Tribales.* Bolivia.

Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas (2003). *Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas.* Santiago.

Grupo de Trabajo de Expertos sobre las personas de ascendencia africana (2006). Informe de Visita a Bélgica (13 al 17 de junio de 2005). Ginebra. Un Doc E/CN.4/2006/19/Add.1.

INDH (2010a). *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH (2010b). *Informe de Misión de Observación en Temuco y Chol Chol.* Santiago.

INDH (2011a). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH (2011b). *Informe de Misión de Observación en Rapa Nui.* Santiago.

INDH (2011c). *Informe de Misión de Observación a Juicio contra Comunes Mapuche en Cañete.* Santiago.

INDH (2012a). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH (2012b). *Informe de Misión de Observación Región de La Araucanía.* Santiago.

INDH (2012c). *Informe de Misión de Observación a Trafún, comuna de Panguipulli.* Santiago.

INDH (2013a). *Informe Anual 2013. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH (2013b). *Informe de Misión Observación a Proyectos de Inversión en Tierras y Territorios Indígenas Mapuche*. Santiago.

INDH (2013c). *Informe de Misión de Observación a Mesa de Consenso Indígena.* Santiago.

INDH (2013d). *Informe de Misión de Observación de la Situación de la Población Migrante en Iquique y Colchane*. Santiago.

INDH (2013d). *Informe de Misión de Observación en Alto El Loa*. Santiago.

INDH (2014a). *Informe Anual 2014. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH (2014b). *Informe de Misión de Observación a Proyecto Central Hidroeléctrica Los Aromos.* Santiago.

INDH (10 de septiembre de 2015). *Declaración Pública del Consejo del INDH ante la situación de creciente conflictividad en La Araucanía.* Santiago.

INDH (2015a). *Informe de observación sobre el proceso de consulta previa desarrollado por el Ministerio de Desarrollo Social referido a la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas y del Consejo o Consejos de Pueblos Indígenas.* Santiago.

INDH (2015b). Informe de observación sobre el proceso de consulta previa de la indicación sustitutiva al anteproyecto de ley que crea el Ministerio de Cultura, Arte y Patrimonio. Santiago.

Ministerio de Desarrollo Social (5 de noviembre de 2014). *Ministros de Desarrollo Social y Medioambiente anuncian revisión de decretos que regulan consulta indígena y tramitación ambiental de proyectos.* Santiago.

Ministerio de Desarrollo Social (2015). Informe Final sobre el Proceso de Consulta Previa Indígena. Santiago. Recuperado el 30 de septiembre de 2015 de, http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/pdf/upload/Informe%20Nacional%20CONSULTA%20PREVIA%20INDIGENA.pdf

Ministerio de Salud. "Políticas de Salud y Pueblos Indígenas". Ministerio de Salud, Fondo Nacional de Salud, Programa de Salud y Pueblos Indígenas. Gobierno de Chile. Enero 2003

Muñoz, Vernor (2008). Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación. Adición: Misión a Guatemala (20 a 28 de julio de 2008). Ginebra. UN Doc A/HRC/11/8/Add.3.

PNUD (2013) Primera Encuesta Relaciones Interculturales. Santiago.

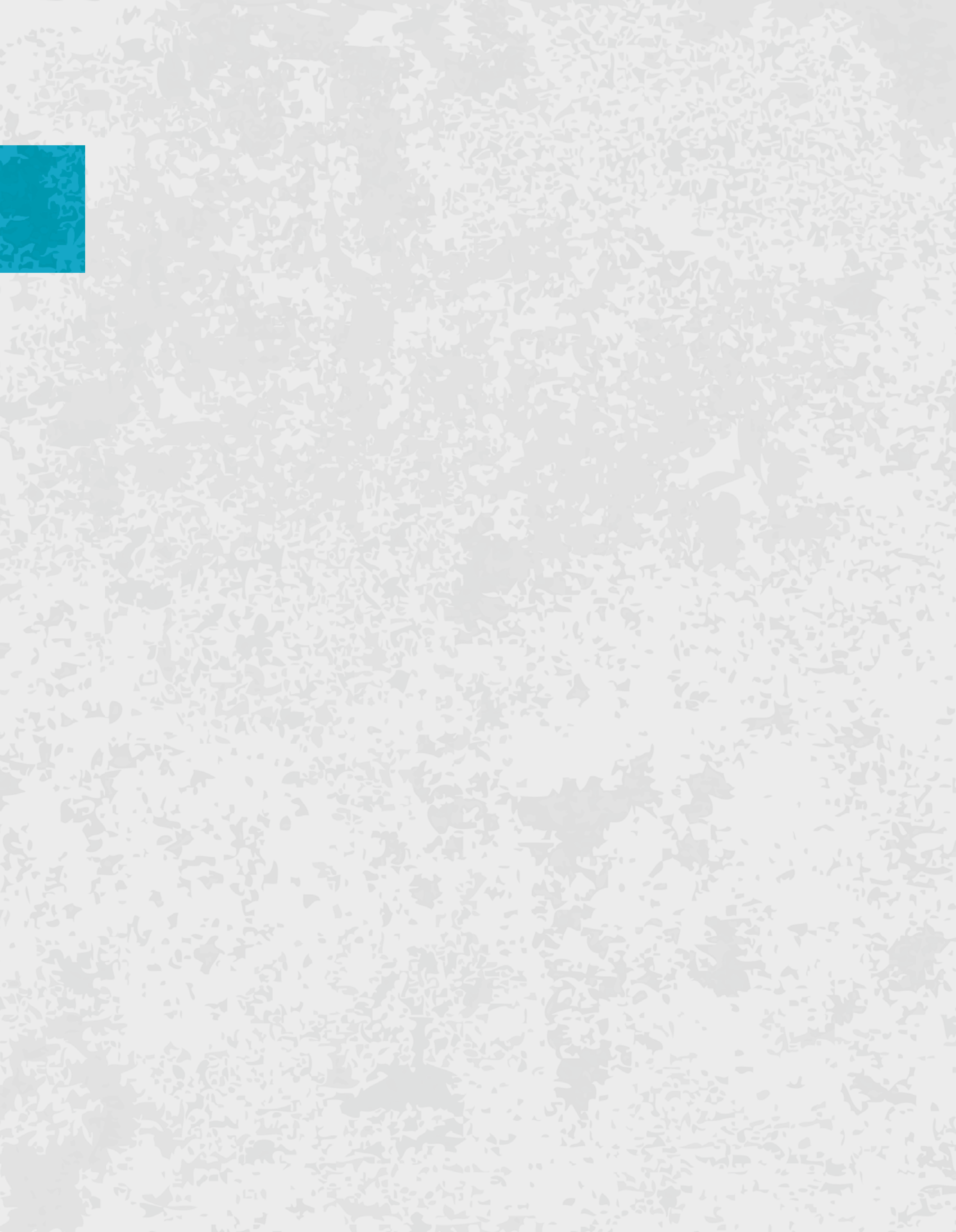
Stavenhagen, Rodolfo (2006). *Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. 16 de febrero de 2006. UN Doc. E/CN.4/2006/78.

Stavenhagen, Rodolfo (2009). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Misión a Bolivia. Ginebra. UN Doc A/HRC/11/11.

Walsh, Catherine. Interculturalidad, Estado, Sociedad. Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado el 30 de septiembre de 2015, de http://www.flacsoandes.edu.ec/interculturalidad/wp-content/uploads/2012/01/Interculturalidad-estado-y-sociedad.pdf

6

Violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas en el período 1973-1990





VIOLACIONES MASIVAS, SISTEMÁTICAS E INSTITUCIONALIZADAS EN EL PERÍODO 1973-1990: ACCESO A LA JUSTICIA

Fotografía: Enrique Cerda



1 VIOLACIONES MASIVAS, SISTEMÁTICAS E INSTITUCIONALIZADAS EN EL PERÍODO 1973-1990: ACCESO A LA JUSTICIA

ANTECEDENTES

A 25 años del retorno a la democracia, el Estado de Chile ha dado pasos importantes hacia el cumplimiento de su obligación de establecer verdad, justicia y reparación en relación con las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas perpetradas durante la dictadura. Sin perjuicio de ello, diversos hechos registrados durante 2015 han resaltado los desafíos pendientes en cuanto a la garantía del acceso a la justicia en relación con estas violaciones de derechos humanos. Este año los testimonios de exconscriptos que participaron en los ataques a Rodrigo Rojas y Carmen Gloria Quintana y en los asesinatos perpetrados en Laja han mostrado la magnitud de la información que aún falta por conocer. Al respecto, el INDH señaló que como país "arrastramos un conjunto de deudas en estas materias que obstaculizan aún la búsqueda de más verdad, más justicia y más reparación para quienes fueron víctimas de graves violaciones a los derechos humanos durante la dictadura"[1].

Las revelaciones de los exconscriptos también reactivaron el debate en torno al secreto legal impuesto respecto de los antecedentes de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. Dicho secreto legal impide que estos registros documentales sean conocidos por cualquier entidad, incluidos los tribunales de justicia que actualmente investigan estos hechos[2]. Durante este año, diversos actores sociales reiteraron el llamado al Estado a levantar el secreto de dichos archivos con miras a establecer públicamente la verdad y asistir a la labor de la justicia[3]. El INDH enfatizó, como lo ha hecho en sus informes anuales anteriores, la necesidad de reformar la Ley 19.992 con el objeto de que dichos antecedentes puedan ser entregados a la justicia, si las víctimas así lo deciden y no afecta derechos de terceros[4]. Ya en el 2014 el Comité de Derechos Humanos expresó preocupación por el "carácter secreto de los documentos, testimonios y antecedentes aportados ante la Comisión de Verdad y Reconciliación y la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura" y reiteró que es deber del Estado hacer públicos dichos documentos[5].

Además, las declaraciones de los exconscriptos volvieron a plantear la pregunta acerca de la existencia de supuestos pactos de silencio entre exagentes estatales, orientados a encubrir los hechos y la identidad de los responsables. Diversos sectores de la sociedad se manifestaron demandando que los exagentes estatales colaboren con el esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos perpetradas en dictadura. La organización Londres 38 lanzó una campaña requiriendo el fin de todos los pactos de silencio[6].

1 Declaración pública del Consejo del INDH sobre la coyuntura actual del país respecto de las violaciones a los derechos humanos del pasado. Escrito el 21 agosto 2015.

2 El artículo 15 de la Ley 19.992 establece que "Son secretos los documentos, testimonios y antecedentes aportados por las víctimas ante la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura […], en el desarrollo de su cometido."

3 Por ejemplo, la organización Londres 38 mantiene la campaña No más Archivos Secretos, la que aboga por el libre acceso a la información referente a las comisiones de verdad, documentos incautados y demás documentos aún en poder de las fuerzas armadas. Véase: http://www.londres38.cl/1937/w3-propertyvalue-34958.html

4 Declaración pública del Consejo del INDH sobre la coyuntura actual del país respecto de las violaciones a los derechos humanos del pasado. Escrito el 21 agosto 2015.

5 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales acerca del informe periódico de Chile, CCPR/C/CHL/CO/6, 13 de agosto de 2014, párr. 8.

6 Véase: http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/07/674-640511-9-bachelet-y-ex-mandatarios-llaman-a-terminar-con-pactos-de-silencio.shtml

Por su parte, la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, reiteró un llamado a quienes tuvieran información de violaciones a los derechos humanos para que la entregaran[7].

Adicionalmente, este año la opinión pública ha vuelto a discutir sobre las condiciones en las que los condenados por crímenes de lesa humanidad cumplen sus sentencias, y se han realizado llamados al gobierno a cerrar definitivamente el penal Punta Peuco. Al mismo tiempo se ha cuestionado la legitimidad de otorgar beneficios de cumplimiento alternativo o incluso aplicar la institución de la media prescripción a condenados por crímenes de lesa humanidad. En relación con los beneficios penitenciarios, el INDH expresó que dichas medidas, si bien legales, por la gravedad de los crímenes y conforme a estándares internacionales, requieren de un trato diferenciado que permita el acceso a dichos beneficios solo en aquellos casos en que los condenados den muestras de arrepentimiento público y colaboren permanentemente con la justicia, a pesar de que la legislación interna no haga dichas distinciones[8].

El 2015 estuvo también marcado por la muerte de algunos de los exagentes condenados por graves violaciones de derechos humanos, como la de Manuel Contreras, exdirector de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), y la de Marcelo Moren Brito, exagente de la DINA. La muerte de estos exagentes en circunstancias en que aún existen procesos pendientes relativos a los actos criminales perpetrados por la DINA puso en evidencia la urgencia de redoblar los esfuerzos para establecer verdad y justicia en estos casos antes de que el tiempo siga avanzando.

El fallecimiento de Contreras y Moren Brito ha vuelto a poner en debate los proyectos de ley que buscan eliminar los privilegios de los exuniformados condenados por violaciones a los derechos humanos asociados al grado, ya que esto supone que estas personas puedan mantener, por ejemplo, el acceso a los servicios de salud y al sistema de pensiones propios de las FF.AA y de Orden y Seguridad; ello sin perjuicio de que ninguna norma pueda vulnerar los derechos de las personas. Desde el 2010 se han presentado al menos dos proyectos de ley que proponen la degradación de los militares condenados por violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos –el más reciente fue introducido en 2014 por la senadora Isabel Allende Bussi y busca la revocación de todos los honores y condecoraciones como también de cualquier beneficio pecuniario asociado a las funciones que los condenados hayan prestado en las Fuerzas Armadas[9]–. Dichos proyectos no han prosperado.

En cuanto a las víctimas de prisión política y tortura, ellas volvieron a instar al Estado a cumplir con su obligación de establecer verdad, justicia y plena reparación. Entre sus reivindicaciones destacan la calificación permanente de víctimas, el aumento de la pensión otorgada por concepto de reparación y la eliminación de la incompatibilidad entre dicha pensión y la percibida por concepto de exoneración. Durante la primera mitad de 2015 las negociaciones con el Ejecutivo fueron infructuosas, lo que llevó a la realización de dos huelgas de hambre por parte de algunas de las víctimas. El Poder Ejecutivo respondió proponiendo la creación de una mesa de negociaciones, y producto de dichas negociaciones, el Ejecutivo presentó un proyecto de ley que busca otorgar un bono de carácter reparatorio de $1.000.000 a todas las víctimas calificadas por por la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, y la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura. A la fecha de la redacción de este informe el Senado aprobó el segundo trámite constitucional de dicho proyecto de ley[10].

En el ámbito de la promoción de la memoria, la Mesa Nacional sobre Memoria y Derechos Humanos se instaló este año como iniciativa del Ministerio de Bienes Nacionales, a la que se integraron posteriormente los Ministerios de Obras Públicas, de Relaciones Exteriores, de Educación, de Vivienda, y de Cultura, y de Interior y Seguridad Pública, además

7 Véase: http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/07/674-640511-9-bachelet-y-ex-mandatarios-llaman-a-terminar-con-pactos-de-silencio.shtml

8 Declaración pública del Consejo del INDH acerca de la coyuntura actual del país respecto de las violaciones a los derechos humanos del pasado. Escrito el 21 agosto 2015.

9 El último de estos fue presentado por la senadora Isabel Allende, y comprende tanto la degradación como la revocación de todos los beneficios pecuniarios asociados a las funciones que los condenados hayan prestado en las fuerzas armadas. Véase Boletín 9351-02, de 14 de mayo de 2014. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9761&prmBoletin=9351-02

10 Boletín 10196-17, de 15 de julio de 2015.

de algunos servicios dependientes de dichos Ministerios. Esta mesa tiene, entre otras funciones, el propósito de construir rutas patrimoniales y rutas de memoria, atendiendo a los compromisos del actual gobierno en esos ámbitos. En este marco, la mesa se propuso elaborar una propuesta de política pública relativa a memoria y derechos humanos, la que una vez aprobada será coordinada por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por medio del Programa de Derechos Humanos de dicha repartición. Esta mesa, a la fecha de cierre de este informe, está en la etapa final de elaboración del Proyecto de Política Pública mencionado, el que ha contado con el apoyo y la participación de organizaciones de la sociedad civil que realizan trabajos de memoria en algunos sitios catastrados.

Paralelamente, y por sugerencia del INDH[11], se promovieron dos actividades a nivel regional: i) Constitución de Mesas de Memoria Regionales en seis regiones (Coquimbo, Valdivia, Temuco, Puerto Montt ya constituidas, y en Maule y Magallanes por constituirse), con algunas características específicas: participación de organizaciones de víctimas y de familiares de víctimas, organizaciones diversas, de promoción de derechos humanos tales como organizaciones de mujeres, de diversidades sexuales, de jóvenes, de indígenas, centros académicos, etc., según la especificidad de las regiones y que aseguren la transmisión de memoria así como el involucramiento de la comunidad en dicha tarea. ii) Realización de un seminario destinado a las y los funcionarios públicos de dichas regiones, sobre función pública y derechos humanos.

En el campo de la memoria, y como ejemplo de las disputas que perduran en este terreno, persisten los cuestionamientos por parte de agrupaciones de derechos humanos a la vigencia de conmemoraciones de hechos o reconocimientos (estatuas y monumentos, entre otros) a miembros de la Junta Militar, como el monumento del excomandante en jefe de la Armada, José Toribio Merino, ubicado en el Museo Naval y Marítimo de Valparaíso. Por su parte, en cuanto a la posibilidad de exhibir condecoraciones alusivas al golpe militar, como la medalla "11 de septiembre de 1973" y "Misión cumplida", por parte de los oficiales de las FFAA, el Ministerio de Defensa anunció en junio de este año la modificación del reglamento para prohibir su uso.

Finalmente, este año la Corte IDH dictó su sentencia en el caso de Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile. En dicho litigio se buscaba declarar la responsabilidad internacional del Estado de Chile en relación con la "falta de investigación de oficio y diligente de los hechos de tortura sufridos por las víctimas en el marco de la dictadura militar"[12]. Además, se buscaba declarar responsable al Estado por no proveer a las víctimas de un recurso efectivo para dejar sin efecto los procesos penales llevados en su contra por consejos de guerra, los que emplearon evidencia obtenida bajo tortura. En su resolución, la Corte IDH declaró responsable al Estado de Chile por el retardo injustificado en el inicio de investigaciones relativas a hechos de tortura[13], y por no proveer de recursos judiciales efectivos a las víctimas para revisar las condenas emitidas por los consejos de guerra[14].

El presente capítulo examinará los estándares internacionales aplicables al derecho de acceso a la justicia en relación con las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas de derechos humanos, y luego evaluará el grado de avance de la justicia en el ámbito de los procesos penales por estos hechos. Por último se analizarán otros acontecimientos relevantes del año relativos al acceso a la justicia en relación con los crímenes de lesa humanidad.

11 Estas actividades se realizan en el marco del proyecto "Fortalecimiento de la Acción de la Sociedad Civil en el Campo de los Derechos Humanos en Chile", que cuenta con el apoyo financiero de la Unión Europea.

12 CIDH, Nota de Remisión, Caso No. 12.500, 12 de abril de 2014.

13 Esto es, por la violación de los artículos 8.1 y 1.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

14 Corte IDH. Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 192. A esto se suma que este año el Consejo para la Transparencia acogió parcialmente un reclamo presentado por un periodista, para conocer el listado de funcionarios que habían pertenecido a la CNI (Amparo Rol C737-2014). Dicha decisión, en el ámbito judicial, fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 1212 del 25.6.15) e invalidada por la Corte Suprema en sentencia Rol 8353 del 19.10.15.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Hoy existe un amplio cuerpo normativo y jurisprudencial a nivel internacional que determina el contenido del derecho al acceso a la justicia. Dichos estándares han determinado con claridad el alcance que esta garantía cobra en lo que respecta a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos perpetradas en el pasado.

Al igual que las demás obligaciones en materia de derechos humanos, la garantía del derecho al acceso a la justicia para las víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos es un deber que abarca a todos los poderes del Estado dentro del ámbito de sus competencias respectivas. En otras palabras, la garantía del acceso a la justicia frente a violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas supone una obligación para el Estado en su conjunto[15].

Asimismo, es importante recordar que el acceso a la justicia debe ser garantizado con estricto apego al principio de igualdad y no discriminación. En este sentido, el artículo 1 de la CADH establece el deber del Estado de respetar y garantizar los derechos a toda persona "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"[16]. Esto significa que en materia de acceso a la justicia, el Estado deberá cumplir las obligaciones antes señaladas respecto de todas las víctimas, evitando cualquier distinción arbitraria.

El principio de igualdad implica necesariamente hacerse cargo de las diferencias. La propia comisión Valech I dedicó un capítulo a la violencia de género, y además incorporó en el informe referencias a la violencia sexual que sufrieron las mujeres como una forma específica de tortura. No obstante, las políticas de reparación que se desarrollan no cuentan con un enfoque de género, lo que importa una vulneración del derecho a la igualdad, manteniendo una deuda histórica con las mujeres sobrevivientes.

En cuanto al derecho al acceso la justicia, este puede ser definido como "la posibilidad de toda persona [...] de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular"[17]. La Corte IDH ha establecido que dicha garantía se deriva de los artículos 8.1 y 25 de la CADH –el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, respectivamente[18]–. Concretamente, el Estado está obligado a "suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción"[19]. Así, la Corte IDH ha sostenido que el Estado tiene la obligación de investigar con la debida diligencia las violaciones de derechos humanos y "asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los eventuales responsables"[20].

A la fecha, en Chile no se ha dictado ninguna sentencia que condene los hechos de violencia sexual en contra de las mujeres, a pesar de la información disponible que da cuenta de cómo este fue un método sistemático y permanente de tortura por el hecho de ser mujeres.

Ahora bien, en casos de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas de derechos humanos, la investigación de los hechos debe realizarse con cumplimiento de ciertos estándares específicos, destinados a garantizar el

15 Así el Comité de Derechos Humanos ha establecido que: "Las obligaciones del Pacto en general y del artículo 2 en particular son vinculantes para todos los Estados Partes en conjunto. Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte". Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párr. 4.

16 Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 1.

17 Ventura Robles, Manuel, La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Acceso a la Justicia e Impunidad, pág. 348.

18 Ibídem, pág. 349.

19 Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 242.

20 Corte IDH, Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, 121.

pleno esclarecimiento de los hechos y evitar la impunidad[21]. En particular, el Estado debe asegurar "la realización de investigaciones *ex officio*, sin dilación, serias, imparciales y efectivas"[22].

En cuanto a la realización de investigaciones de oficio, ello supone que el inicio de las mismas no debe depender del impulso de la víctima o sus familiares, sino que estas deben ser promovidas por el Estado de manera autónoma y en cuanto se tenga noticia de los hechos. La Corte IDH se pronunció recientemente acerca de esta obligación respecto del Estado de Chile, particularmente en lo concerniente a hechos constitutivos de tortura[23]. A estos efectos, la Corte empleó la normativa contenida en la Convención Interamericana contra la Tortura, la que requiere que el Estado dé inicio a una investigación de manera inmediata y desde el momento en que existan *razones fundadas* para creer que se ha cometido un acto de tortura, no siendo necesario que la víctima denuncie formalmente los hechos ante las autoridades competentes[24]. En el contexto del caso García Lucero, la Corte IDH consideró que el Estado tuvo conocimiento de los hechos desde el momento en que la víctima presentó una carta solicitando una pensión como exonerado político, en 1993. Más aún, la Corte consideró que el Estado reconoció esta situación al incorporar el nombre de la víctima en el informe de la Comisión Valech[25]. En función de lo anterior, la Corte IDH sostuvo que "el Tribunal considera que el argumento estatal sobre la falta de denuncia de los hechos […] no obsta al deber estatal de investigar"[26]. Así, la Corte declaró que el Estado de Chile incumplió su obligación de llevar a cabo una investigación de oficio en cuanto a los hechos de tortura alegados por la víctima.

Adicionalmente, la investigación de los hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos debe ser iniciada y llevada a cabo dentro de un plazo razonable[27]. Acerca de este punto, la Corte IDH ha enfatizado que esta obligación supone un especial deber de diligencia de parte del Estado en aquellos casos en que los intervinientes en los procesos investigativos son de avanzada edad[28]. Asimismo, el Estado debe garantizar a las víctimas "amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables como en la búsqueda de una justa compensación"[29]. Esto supone que las víctimas deben tener acceso, en concordancia con la legislación interna, a los mecanismos para establecer la responsabilidad tanto penal como civil en relación con las violaciones de derechos humanos que sufrieron.

Más aún, la Corte IDH ha establecido que toda investigación relativa a violaciones de derechos humanos debe ser "seria, imparcial y efectiva[, y llevada a cabo] por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos"[30]. En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia internacional ha establecido que el Estado tiene también el deber de eliminar "todo obstáculo de *jure*

21 En particular, la Corte ha establecido que la "obligación de investigar, como elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados, adquiere una particular y determinante intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, como en casos de graves violaciones a los derechos humanos ocurridas como parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado o en contextos de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población, pues la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La eliminación de la impunidad, por todos los medios legales disponibles, es un elemento fundamental para la erradicación de las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos". Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 244.

22 Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252 , párr. 247.

23 Corte IDH, Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267.

24 Ibídem, párr. 124.

25 Corte IDH, Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 126.

26 Ibídem, párr. 125.

27 Corte IDH, Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114.

28 Corte IDH, Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 246.

29 Corte IDH, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 117.

30 Corte IDH, Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 122.

y de *facto* que impida la investigación y juzgamiento de los hechos y, en su caso, la sanción de todos los responsables de las violaciones declaradas así como la búsqueda de la verdad"[31].

En cuanto a este último punto, los organismos internacionales han señalado en diversas oportunidades que el Estado de Chile tiene el deber de dejar sin efecto jurídico el Decreto Ley 2.191, de 1978 –conocido como Decreto Ley de Amnistía–, en tanto constituye una medida que permite la impunidad de las violaciones de derechos humanos ocurridas en dictadura[32]. En particular, el Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación porque dicho decreto continúe vigente, en tanto ello "deja abierta la posibilidad de su aplicación"[33].

Asimismo, dichos organismos han expresado el deber del Estado chileno de establecer sanciones "apropiadas y proporcionales a la gravedad de los crímenes"[34]. Ello importa evitar la aplicación de medidas que puedan transformar las condenas penales en sanciones meramente aparentes. La Corte IDH ha expresado que la respuesta penal frente a violaciones de derechos humanos debe ser proporcional a los bienes jurídicos afectados[35]. Así, la Corte sostuvo que es necesario "evitar medidas ilusorias que solo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia. En este sentido, la regla de proporcionalidad requiere que los Estados, en el ejercicio de su deber de persecución, impongan penas que verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad, tomando en cuenta varios factores como las características del delito, y la participación y culpabilidad del acusado"[36].

Siguiendo este razonamiento, el Comité de Derechos Humanos ha instado al Estado de Chile a "derogar o enmendar el artículo 103 del Código Penal para hacerlo plenamente compatible con las disposiciones del Pacto"[37].

Adicionalmente, como ya se ha mencionado en informes anteriores, la práctica internacional indica que si bien es aceptable el otorgamiento de beneficios penitenciarios, estos deben otorgarse solo en aquellos casos en "que el condenado haya expresado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la investigación" y después del cumplimiento de una porción de la pena "que en promedio son dos terceras partes o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua"[38].

Por último, el derecho internacional de los derechos humanos también ha determinado ciertos estándares en relación con la compatibilidad de medidas de delación compensada con el derecho al acceso a la justicia. Dichos estándares establecen que si bien no resulta aceptable eximir completamente de responsabilidad penal u otorgar inmunidad absoluta a quienes hayan participado en delitos graves conforme al derecho internacional, los Estados pueden mitigar o reducir las penas a quienes colaboren de manera efectiva en la investigación de los hechos y la identificación de todos los responsables.

En relación con los casos constitutivos de desaparición forzada, tanto la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (ratificada por Chile en el 2009), como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ratificada por Chile en el 2003), facultan al Estado a establecer circunstancias atenuantes para quienes "contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona"[39]. De esta manera, la obligación de llevar a cabo la investigación de los hechos y la sanción de los responsables no es incompatible con la adopción de medidas

31 Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 249.

32 Corte IDH, Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 150.

33 Observaciones finales sobre el informe periódico de Chile, CCPR/C/CHL/CO/6, 13 de agosto de 2014, párr. 9.

34 Ibídem, párr. 8.

35 Corte IDH, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 203.

36 Ibídem.

37 Observaciones finales sobre el informe periódico de Chile, CCPR/C/CHL/CO/6, 13 de agosto de 2014, párr. 8.

38 Véase Informe Anual 2011, pág. 253.

39 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo III; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, artículo 7(2)(a).

que fomenten la colaboración efectiva de los involucrados, siempre y cuando dichas medidas no supongan la completa exoneración de responsabilidad penal de los perpetradores de violaciones de derechos humanos.

Por su parte, el Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad (Principios para la Lucha contra la Impunidad) –que establecen principios y estándares no vinculantes para los Estados– indica que "el hecho de que el autor revele las violaciones cometidas por él mismo o por otros para beneficiarse de las disposiciones favorables de las leyes relativas al arrepentimiento no lo eximirá de responsabilidad penal o de otro tipo", y en consecuencia dicha colaboración "solo puede ser causa de reducción de la pena para contribuir a la manifestación de la verdad"[40].

ANÁLISIS DEL AÑO

Durante 2015 se han registrado avances en la garantía del derecho al acceso a la justicia en relación con las violaciones de derechos humanos perpetradas en dictadura. Sin embargo, dichos avances se han concentrado de manera casi exclusiva en la labor realizada por el Poder Judicial. Tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo han tenido un desempeño insatisfactorio en el cumplimiento pleno de sus obligaciones en dicha materia, con la excepción del trabajo de la mesa de trabajo acerca de memoria y la reciente aprobación por el Senado del proyecto de ley que busca otorgar un bono de carácter reparatorio a las víctimas de tortura calificadas por las Comisiones Valech I y II, mencionados en las páginas previas, y que no son suficientes para constituir una política integral en el tema.

i) Avances en la labor del Poder Judicial: mejor coordinación en la labor investigativa; corrección de criterios en materia de indemnizaciones civiles; y políticas de memoria y verdad

El Poder Judicial reafirmó durante este año la existencia de un compromiso institucional con la tramitación de procesos judiciales referidos a las violaciones de derechos humanos perpetradas en dictadura. Así lo expresó el actual presidente de la Corte Suprema, Sergio Muñoz, en su discurso de inauguración del año judicial 2015, quien sostuvo que "se ha solicitado que la investigación se realice con calidad, quedando los jueces satisfechos con sus resultados, pero igualmente que se efectúe con prontitud, dado que tanto la sociedad, los familiares de las víctimas y victimarios, como todos los interesados requieren una respuesta en la materia"[41].

Este compromiso se ha traducido en la adopción, entre 2014 y 2015, de medidas concretas que han facilitado la investigación de estas causas judiciales de manera más coordinada y eficiente. Entre estas destacan la concentración del conocimiento e instrucción de causas penales en 23 ministros instructores y la designación de un ministro de la Corte Suprema como coordinador de causas de derechos humanos.

Adicionalmente, desde fines de 2014, la segunda sala de la Corte Suprema concentra el conocimiento de todos los "recursos ordinarios y extraordinarios de conocimiento de la Corte Suprema en materia penal, tributaria y civil relacionada a una causa vigente del antiguo sistema procesal penal"[42]. De esta manera, la resolución de los recursos relativos a la responsabilidad civil del Estado derivada de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos son conocidos ahora por la segunda sala. Ello representa un importante avance en tanto ha permitido comenzar a unificar el criterio aplicado por la Corte Suprema en cuanto a la prescripción de las acciones civiles. En concreto, la segunda sala ha sostenido que las acciones civiles derivadas de hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos no son susceptibles de prescripción, otorgando así las

40 Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, principio 28.

41 Discurso Inauguración Año Judicial, pág. 14. Disponible en: http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2015/03/DISCURSO-S-MUNOZ-ANO-JUDICIAL.pdf

42 Auto Acordado que distribuye las materias de que conocen las salas especializadas de la Corte Suprema durante el funcionamiento ordinario y extraordinario (Acta Nº 233-2014), adoptado el 26 de diciembre de 2014.

indemnizaciones de perjuicios correspondientes[43]. El INDH ya expresó en su Informe Anual de 2014 que valora positivamente la adopción por parte de la Corte Suprema de un criterio uniforme en cuanto a afirmar la imprescriptibilidad de las acciones civiles en estos casos[44].

En lo que respecta al derecho a la verdad y al acceso a la información, el Poder Judicial se pronunció este año sobre el secreto de los archivos existentes en poder del Ejército relativos a organismos represores creados por la dictadura. En particular, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de ilegalidad presentado por el Ejército de Chile en contra de una resolución del Consejo para la Transparencia que ordenaba la entrega de, entre otros, la nómina de personal activo que integró la Central Nacional de Informaciones, confirmó la obligación de entrega de dicha información[45]. La Corte Suprema, al conocer del recurso de queja presentado por el Ejército de Chile en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones, resolvió dos cuestiones. En primer lugar, rechazó el recurso de queja al considerar que los argumentos otorgados por el Ejército no lograban satisfacer el requisito del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales (COT) que regula el recurso de queja, esto es, que en la resolución se haya incurrido en faltas o abusos graves, constituidos por errores u omisiones manifiestos e igualmente graves. En segundo lugar, y actuando de oficio en la misma sentencia, la Corte Suprema invalidó de todos modos la sentencia de la Corte de Apelaciones, en razón que detectó la omisión por parte del Ejército de una gestión administrativa fundamental para una solicitud de información de esta naturaleza, cual es, cumplir con el artículo 20 de la Ley 20.285 que exige consultar a las personas involucradas –en este caso exagentes CNI activos en el Ejército– si se oponían a la entrega de la información solicitada[46]. Así, la Corte Suprema ordenó retrotraer el procedimiento administrativo hasta ese punto, debiendo el Ejército realizar dicha consulta y actuar conforme a las respuestas que se reciban.

En una línea similar en cuanto al acceso a la información y el establecimiento de la verdad, el Poder Judicial inició un proyecto llamado "Memoria Histórica", que busca crear una plataforma digital donde se permita acceder a los casos investigados por el Poder Judicial que guarden relación con violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos[47].

ii) Desafíos en materia de acceso a la justicia: prescripción gradual

Un punto de particular preocupación es la aplicación de la prescripción gradual o media prescripción –medida contenida en el artículo 103 del Código Penal, que faculta al tribunal a disminuir la pena aplicable a los condenados sobre la base del lapso de tiempo transcurrido desde la comisión del delito– a crímenes de lesa humanidad. Si bien la Corte Suprema ha dejado paulatinamente de aplicar esta medida en casos constitutivos de desaparición forzada, la segunda sala de dicho tribunal continúa aplicando la prescripción gradual a los casos relativos a ejecuciones extrajudiciales y torturas,

43 Véase, por ejemplo, la sentencia emitida por la Corte Suprema el 13 de octubre de 2015, en la causa Rol 7735 – 2015, que en su considerando sexto señaló: "Que, en suma, pesando sobre el Estado la obligación de reparar a la víctima y sus familiares consagrado por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, el derecho interno no deviene en un argumento sostenible para eximirlo de su cumplimiento. […] Así, no cabe sino concluir que el daño moral causado por la conducta ilícita de los funcionarios o agentes del Estado autores de los ilícitos de lesa humanidad en que se funda la presente acción, debe ser indemnizado por el Estado".

44 Informe Anual 2014, pág. 287.

45 Sentencia de la Novena Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1212-2015, de 25 de junio de 2015.

46 Señala el artículo 20 de la Ley 20.285 sobre transparencia y acceso a la información pública: "Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo. Los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa. Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo, dictada conforme al procedimiento que establece esta ley. En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información".

47 Vale la pena recordar que existen diversos ejemplos en la región en cuanto a la creación de archivos relativos a las graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado reciente. Así por ejemplo, en Paraguay se creó el Centro de documentación y archivo para la defensa de los derechos humanos, que agrupa gran cantidad de documentos producidos durante la dictadura militar de Alfredo Stroessner. Por su parte, en Argentina el Ministerio de Defensa ha adoptado una política de archivos abiertos, permitiendo el acceso a los documentos emanados de la dictadura militar.

en clara contravención de los estándares internacionales sobre la materia. Así, de acuerdo con la información remitida por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, entre enero de 2014 y septiembre de 2015 se dictaron 49 sentencias condenatorias en procesos en los que participa dicha repartición donde se aplicó la media prescripción[48].

La justificación que esgrime la judicatura para aplicar dicha medida es de carácter técnico jurídico. Así, la segunda sala de la Corte Suprema sostiene que la prescripción gradual no extingue la responsabilidad penal, sino que solo constituye una morigerante de la pena de carácter humanitario. De acuerdo con la Corte, esta medida "encuentra su razón de ser en lo insensato que puede resultar una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser sancionados"[49]. La Segunda Sala de la Corte Suprema considera que su aplicación es obligatoria para los jueces y que el derecho internacional no limita su aplicación, en tanto este restringiría solamente la extinción de la responsabilidad penal[50].

Ahora bien, para aplicar la prescripción gradual, el tribunal requiere computar el tiempo que ha transcurrido desde la consumación del delito. Esta es la razón por la que la segunda sala no aplica la media prescripción a casos de desaparición forzada: ya que estos secuestros constituyen delitos permanentes, no es posible establecer una fecha de consumación, y por tanto el tiempo requerido no puede ser computado[51]. Sin embargo, en los casos relativos a ejecuciones extrajudiciales y torturas la fecha de consumación del crimen puede ser determinada, y, consecuentemente, la Corte da lugar a la prescripción gradual[52]. Es importante destacar que si bien la posición de la segunda sala en cuanto a la aplicación de la media prescripción se ha uniformado paulatinamente, aún persisten variaciones en estos criterios, las que dependen de la integración de la segunda sala.

48 Información proporcionada por el Programa Continuación Ley 19.123 (Programa de Derechos Humanos), por medio de Oficio Nro. 21439 del 14 de octubre de 2015.

49 Sentencia C.S.J., Rol 21.971-14, considerando séptimo.

50 Ibídem.

51 Sentencia C.S.J., Rol 24.558-14, considerando décimo tercero.

52 Sentencia C.S.J., Rol 21.971-14, considerando séptimo.

El INDH ha expresado su preocupación por la aplicación de la prescripción gradual y ha instado al Poder Judicial de abstenerse de aplicar dicha norma[53]. A juicio del Instituto, a diferencia de lo sostenido por la Corte Suprema, la aplicación de la prescripción gradual a crímenes de lesa humanidad se encuentra restringida por el derecho internacional de los derechos humanos. Tal como se explicó, la aplicación de la media prescripción resulta contraria a las obligaciones del Estado en tanto importa una disminución sustantiva de las penas aplicables a los perpetradores de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas de derechos humanos. Lo anterior supone una infracción al deber de adoptar sanciones proporcionales al daño causado por estos delitos.

Más aún, como ya se indicó, en el 2014 el Comité de Derechos Humanos calificó de preocupante "la aplicación de la 'prescripción gradual' o 'media prescripción', contenida en el artículo 103 del Código Penal, a violaciones graves de derechos humanos ocurridas durante la dictadura"[54]. El comité instó "a derogar o enmendar el artículo 103 del Código Penal para hacerlo plenamente compatible con las disposiciones del Pacto", recordando que "[e]l Estado parte debe continuar desplegando un esfuerzo riguroso para impulsar activamente las investigaciones respecto de todas las violaciones a los derechos humanos, velando porque en estas investigaciones se identifique a los responsables, se los enjuicie y se les impongan sanciones apropiadas y proporcionales a la gravedad de los crímenes"[55].

Es importante destacar que el gobierno presentó en diciembre de 2014 un proyecto de ley que busca impedir la aplicación de la prescripción gradual a hechos constitutivos de crímenes de lesa humanidad perpetrados en dictadura. Dicho proyecto introduce una norma interpretativa de los artículos 93 y 103 del Código Penal que indica que la amnistía, el indulto, la prescripción, y la media prescripción, no son aplicables a los delitos y crímenes que califiquen como crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, y que hayan sido perpetrados por agentes estatales

53 Véase: INDH, Informe Anual 2011, pág. 275.

54 Observaciones finales sobre el informe periódico de Chile, CCPR/C/CHL/CO/6, 13 de agosto de 2014, párr. 8.

55 Ibídem

(o privados actuando al alero del Estado) entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990[56]. Esta última delimitación de tiempo, no obstante, no corresponde y la medida debería concebirse tanto para ese como para cualquier otro período histórico.

Si bien esta disposición podría solucionar de manera definitiva la disparidad de criterios judiciales en cuanto a la aplicación de la prescripción gradual, el trámite legislativo no ha avanzado a pesar de la urgencia otorgada al proyecto. El retardo en la tramitación de este proyecto de ley pone en evidencia la lentitud injustificada de parte de los órganos colegisladores en cuanto a dar cumplimiento a sus obligaciones relativas a la garantía del acceso a la justicia.

iii) Investigación y sanción de actos de tortura

Otro de los grandes desafíos pendientes en materia de acceso a la justicia lo representa la investigación y sanción de los hechos constitutivos de tortura perpetrados durante la dictadura. Hasta hoy persisten falencias importantes en el cumplimiento de estas obligaciones que se extienden a todos los poderes del Estado. El derecho internacional, como se señaló, exige que el Estado inicie de oficio investigaciones destinadas a clarificar los hechos y sancionar a todos los responsables de hechos de tortura, desde el momento en que se cuenta con razones fundadas para creer que se han cometido actos de tortura.

A pesar de que el Estado ha reconocido la existencia de actos de tortura en contra de decenas de miles de personas, a la fecha todavía no se ha adoptado una política para llevar a cabo la investigación de estos hechos y la sanción de los responsables. Sin perjuicio de que haya existido conocimiento de los hechos con anterioridad, el Estado reconoció de manera inequívoca en 2004 que se cometieron actos de tortura en contra de 28.459 personas, con la publicación del informe de la Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura (Comisión Valech). Esta cifra se engrosó en 2011 con la inclusión de 9.795 víctimas reconocidas por la Comisión Asesora Presidencial para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión, Política y Tortura (Comisión Valech II). Sin embargo, a la fecha existen tan solo 120 investigaciones penales relativas a hechos de tortura perpetrados en dictadura, cifra que no se condice con la cantidad de incidentes abiertamente reconocidos por el Estado. Más aún, de acuerdo con la información obtenida por el INDH, hasta abril se habían iniciado investigaciones de oficio por parte del Poder Judicial en solo 18 casos[57].

Si bien las investigaciones judiciales de hechos relativos a ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas muchas veces revelan la existencia de hechos de tortura, tanto contra la víctima como contra terceras personas, estos hechos habitualmente no son investigados por los magistrados instructores[58]. Lo anterior además de constituir un incumplimiento de las obligaciones del Estado, es síntoma de un problema más amplio –a saber, la falta de una política pública que aborde de manera coordinada el cumplimiento a las obligaciones del Estado en materia de acceso a la justicia en casos de tortura–. En efecto, las políticas destinadas a llevar a cabo investigaciones y sancionar a los responsables en general han sido fragmentarias y paulatinas, las víctimas de tortura han quedado casi completamente excluidas de estos procesos.

El Estado ha prestado asistencia legal y social a los familiares de víctimas de desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales por medio del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública[59]. Dicho órgano contribuye particularmente en el establecimiento de verdad y justicia, interponiendo y sustentando querellas criminales en dichos casos. El Programa también contribuye aportando antecedentes para la investigación de los hechos recabados por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (CNVR) y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR)[60]. Sin embargo, las víctimas de tortura no cuentan con el apoyo de este órgano, por lo que la presentación y

56 Boletín Nro. 9773-07.

57 Extraído de declaración de Constanza Collarte Pindar, Directora de la Dirección de Estudios de la CS, presentada como prueba en el caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile, en abril de 2015.

58 Información proporcionada por el Programa Continuación Ley 19.123 (Programa de Derechos Humanos), por medio de Oficio Nro.21439 del 14 de octubre de 2015.

59 Programa Continuación Ley 19.123.

60 Conforme al artículo 3 Nº 6 de la Ley 20.405, corresponde al INDH custodiar y guardar en depósito los antecedentes reunidos por las comisiones que la norma señala, en relación con las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos ocurridas en dictadura.

tramitación de querellas queda entregada a la iniciativa particular de cada víctima, en directa violación de los estándares internacionales respecto de esta materia. En efecto, a la fecha no existe otro organismo público además de la Corporación de Asistencia Judicial que otorgue asistencia legal a las víctimas de tortura.

Esta distinción de tratamiento solo se explica por el origen histórico del Programa de Derechos Humanos, el que surgió con el objeto de continuar con la asesoría legal de las víctimas calificadas por la CNVR y la CNRR. Sin embargo, cuando las comisiones Valech y Valech II concluyeron sus labores, ningún organismo similar fue creada para satisfacer las necesidades de las víctimas calificadas por estas comisiones, ni tampoco fueron ampliadas las funciones del Programa de Derechos Humanos.

En esta misma línea, el INDH ya había criticado en 2012 el proyecto de ley que buscaba crear la Subsecretaría de Derechos Humanos que, en su versión original, no contenía mención alguna acerca del Programa de Derechos Humanos, siendo necesaria su revisión para garantizar mayor autonomía en su trabajo y también revisar sus facultades, principalmente en materia de tortura[61]. Si bien el texto aprobado de dicha ley establece, en su artículo segundo transitorio, el traspaso del Programa de Derechos Humanos desde el Ministerio del Interior y Seguridad Pública al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, no se ampliaron sus facultades en cuanto a otorgar asesoría legal y social a las víctimas de tortura[62].

La situación de indefensión en la que se encuentran hoy estas víctimas y la urgencia de adoptar medidas al respecto se ve expresada en el hecho de que la Corte IDH haya declarado responsable, por segunda vez, al Estado de Chile por incumplir sus obligaciones bajo la CADH y la CIPST. En efecto, el Estado ya fue condenado por incumplir sus obligaciones en esta materia en 2013, en el caso García Lucero vs. Chile. En el caso de Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile, la Corte IDH volvió a establecer que el Estado de Chile ha demorado excesivamente el inicio de algunas investigaciones penales en relación con hechos constitutivos de tortura[63]. Si bien declaró que el Estado no incumplió sus obligaciones relativas a la diligencia en la conducción misma de las investigaciones penales ya iniciadas, esta sentencia vuelve a poner de manifiesto la existencia de una deuda pendiente respecto de la tutela de los derechos de las víctimas de tortura[64].

Garantizar el acceso a la justicia frente a las violaciones masivas y sistemáticas a la luz de los estándares internacionales requiere de la adopción de una política coordinada que beneficie a todas las víctimas, sin discriminación. Sin em-

Por ello, el INDH, desde su creación, ha recibido solicitudes tanto de la ciudadanía como de los Tribunales de Justicia, requiriendo antecedentes relativos a personas calificadas en Valech I y Valech II. Lamentablemente, el INDH se encuentra imposibilitado para acoger toda petición referida a datos relacionados con Valech I. La información aportada a dicha comisión tiene el carácter de secreta, según se dispone en el artículo 15 de la Ley 19.992.La reserva de estos antecedentes fue además declarada expresamente por la Contraloría General de la República, mediante el dictamen Nº 77.470 de 2011. Para avanzar en el propósito de colaborar con la Justicia, el INDH solicitó al ente contralor, reconsiderar lo resuelto en el citado dictamen. Así, en junio de 2014, la Contraloría, reafirmó el carácter secreto de los antecedentes de Valech I y respecto de aquellos correspondientes a Valech II, señaló que "son los propios Tribunales de Justicia a quienes corresponde decidir sobre requerir o no esta información, conforme sus potestades establecidas en el artículo Nº 76 de la Carta Fundamental, cuestión que excede a la labor interpretativa del órgano contralor". De esta forma, el INDH ha dispuesto los recursos necesarios para responder los requerimientos de los Tribunales de Justicia, en el marco de sus investigaciones. Durante 2015 se han respondido 43 oficios emanados de la Justicia en que se solicitaba la entrega de antecedentes relativos a personas calificadas en la Valech II. Estas peticiones implicaron la revisión de 984 nombres de personas en los catastros respectivos, la digitalización de la documentación correspondiente, y la entrega a cada Tribunal solicitante, de 898 carpetas con antecedentes correspondientes a Valech II.

61 INDH, Informe Anual 2012, pág. 94.

62 Señala el artículo segundo transitorio: "Traspásense desde el Ministerio del Interior y Seguridad Pública a la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, todas las funciones y atribuciones que se derivan del artículo 10 transitorio de la ley Nº 20.405, para el Programa de Derechos Humanos creado por el decreto supremo Nº 1.005, del Ministerio del Interior, promulgado y publicado el año 1997, incluidas aquellas destinadas al ejercicio de las funciones o actividades asignadas al organismo a que se refiere la ley Nº 19.123".

63 La decisión de la Corte indica que el Estado ha faltado a su obligación de iniciar una investigación con respecto a solo algunas de las víctimas que participaron en el caso, a saber: Ivar Onoldo Rojas Ravanal, Alberto Salustio Bustamante Rojas, Álvaro Yáñez del Villar y Omar Humberto Maldonado Vargas. Corte IDH, Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 80.

64 La Corte indicó que "el Estado no es responsable por la violación a los derechos contenidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en las diligencias de investigación seguidas en las causas Rol 1058-2001 y ROL 179-2013, en perjuicio de las doce presuntas víctimas del presente caso." Corte IDH, Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 111.

bargo, la situación actual de las víctimas de tortura da cuenta de una discriminación en el trato que estas reciben respecto de las víctimas de ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada que resulta inaceptable. Así, a 25 años del retorno a la democracia, la implementación de una política coordinada para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales en cuanto al acceso a la justicia aún está pendiente.

iv) Otros desafíos pendientes: Decreto Ley de Amnistía y apertura de archivos para asistir en la labor de la justicia

Existen otras áreas en las que se requiere de la intervención de los poderes colegisladores para garantizar plenamente el derecho al acceso a la justicia. Entre estas destaca la obligación de dejar sin efecto jurídico del Decreto Ley 2.191, de 1978. Si bien existen varios proyectos de ley que buscan dejar sin efecto jurídico el Decreto Ley de Amnistía, dichos proyectos aún se mantienen en trámite[65]. El INDH fue invitado este año por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado a exponer su posición en relación con tres de estos proyectos de ley. En dicha oportunidad el Instituto reiteró la obligación del Poder Legislativo de adoptar medidas para cumplir con la obligación de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes perpetrados durante la dictadura[66].

En esta misma línea, el levantamiento del secreto legal que pesa aún sobre los antecedentes recabados por la Comisión Valech también supone un desafío pendiente, que requiere la intervención de los poderes colegisladores. Si bien esta materia fue tratada en detalle en el Informe Anual 2014, es menester reiterar, como lo hizo la Directora del INDH durante este año, la importancia de levantar dicho secreto legal para permitir que los tribunales de justicia puedan acceder a ellos, con el debido resguardo de la voluntad de las víctimas y sin provocar daños a terceros[67].

Si bien la reciente sentencia del caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile se pronunció respecto del secreto de los antecedentes de la comisión Valech, afirmando que este no era incompatible con la Convención Americana[68], el razonamiento de la Corte se basó en la excepción al secreto contenida en el artículo 15 de la Ley 19.992 –que permitiría a las víctimas proporcionar a tribunales la información que entregaron a la Comisión Valech[69]–. Sin embargo, dicha excepción no ha tenido efectividad en la práctica.

Es posible destacar también que el Estado alegó ante la Corte que el secreto legal acerca de los antecedentes de la Comisión Valech estaría en "proceso de reforma"[70]. Es de esperar entonces que el Estado efectivamente lleve a cabo una revisión de las disposiciones legales que establecen dicho secreto para que, como lo ha requerido este Instituto, se permita el acceso a dicha información a los tribunales de justicia y se adopten las medidas necesarias para preservar la privacidad de los declarantes y las víctimas, y terceros.

v) Estado actual de los procesos judiciales relativos a violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas

El Poder Judicial informó que, a la fecha de cierre de este informe, existen 1.049 causas relativas a violaciones de derechos humanos perpetradas durante la dictadura. De estas, 796 se encuentran en sumario, 111 en plenario y 142 han sido falladas. Asimismo, durante 2015 la Corte Suprema ha dictado sentencias en 48 causas que han quedado firmes y ejecutoriadas; 11 de estas corresponden a procesos emanados de tribunales civiles, mientras que las restantes 37 corresponden a procesos penales.

Dichas cifras representan un avance respecto del número de causas falladas por la Corte Suprema en esta materia durante años anteriores. Así, durante 2014 la Corte dictó sentencia en 32 procesos. De acuerdo con la información remitida por el Poder Judicial, en 2013 dicho tribunal habrían dictado sentencia en tan solo 9 causas relativas a violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura.

Por su parte, el Programa de Derechos Humanos del Mi-

65 Véase, entre otros, Boletín Nro. 4162-07, Proyecto de ley que declara la nulidad de derecho público del Decreto Ley Nº 2.191 de 1978, señalando efectos que indica, ingresado el 21 de abril de 2006.

66 INDH – Informe sobre Proyectos de ley Boletines Nº 6422-07, 9748-07 y 9773-07.

67 Véase: http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/07/674-640850-9-indh-por-informe-valech-que-se-libere-la-informacion-con-el-debido-resguardo-de.shtml

68 Corte IDH, Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 102.

69 Ibídem, párr. 98.

70 Ibídem, párr. 101.

nisterio del Interior y Seguridad Pública indicó que hasta el 31 de agosto de 2015 participaba en 924 causas criminales referidas a violaciones de derechos humanos perpetradas durante la dictadura. Adicionalmente, dicha repartición participa en 72 causas de carácter civil referidas a víctimas de desaparición forzada o ejecución extrajudicial.

Dicho Programa indicó que entre enero y septiembre del 2015 se dictaron sentencias en 27 procesos penales en los que este intervenía. Dichas sentencias resultaron en la condena de 76 exagentes estatales en relación con actos de desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales relativos a 47 víctimas. De los condenados, al menos 26 recibieron beneficios de cumplimiento alternativo de la pena, incluyendo la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada[71].

En relación con la labor de los organismos coadyuvantes en las investigaciones judiciales, la Policía de Investigaciones dispone de la Brigada Investigadora de Delitos contra los Derechos Humanos (BRIDDHH). Dicha Brigada dispone de 62 oficiales para llevar a cabo la ejecución de diligencias investigativas en causas por violaciones de derechos humanos[72]. De acuerdo con la información recabada, lamentablemente dicha Brigada vio reducido su presupuesto, como se muestra a continuación.

71 Información remitida por el Programa Continuación Ley 19.123, por medio del Oficio Nro. 21439 del 14 de octubre de 2015.

72 Información remitida por la Dirección General de la Policía de Investigaciones por medio del Oficio Ord. Nro. 712, de 11 de Septiembre de 2015.

PRESUPUESTO ANUAL DE LA BRIDDHH

AÑO	MONTO ASIGNADO
2013	$ 83.918.913
2014	$ 93.629.950
2015	$ 89.169.000

Fuente: elaboración propia, información remitida por PDI por medio del Oficio Ord. Nro. 14.00.00.1338/2015.

Sin perjuicio de lo anterior, durante el primer semestre de 2015 la BRIDDHH ha ejecutado 3.705 decretos judiciales. Esta cifra representa más de la mitad de los decretos ejecutados durante 2014, los que suman 7.319.

Por su parte, el Servicio Médico Legal –entre enero de 2014 y agosto de 2015– llevó a cabo la identificación de los restos de 20 víctimas de violaciones de derechos humanos perpetradas en dictadura[73].

73 Información remitida por el Programa Continuación Ley 19.123, por medio del Oficio Nro. 21439 del 14 de octubre de 2015.



RECOMENDACIONES





RECOMENDACIONES GENERALES

En ejercicio de su mandato, estipulado en la Ley 20.405, el INDH realiza recomendaciones que buscan contribuir a mejorar la eficacia de la actuación de los poderes del Estado, o bien para relevar necesidades no cubiertas, en materia de promoción y protección de los derechos humanos y de acuerdo con los compromisos internacionales a los que el país se ha obligado. Estas recomendaciones versan acerca de los tópicos abordados en el presente Informe Anual 2015, pero también reiteran desafíos pendientes y obligaciones desatendidas por el Estado en su conjunto.

1. **Ratificar instrumentos internacionales pendientes.** El INDH insta al Estado a fortalecer su rol garante de derechos humanos y las herramientas jurídicas disponibles para ello. En tal sentido, reitera la necesidad de ratificar los tratados internacionales de derechos humanos que se encuentran pendientes, en particular, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Pacto de San Salvador", el Protocolo Opcional de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, y el Protocolo Opcional N° 3 a la Convención de los Derechos del Niño.

2. **Promover una cultura de derechos humanos**. El INDH reitera el llamado a los tres poderes del Estado a promover el valor universal de los derechos humanos, así como a contribuir a la construcción y consolidación de una cultura que los reconozca. Además, urge al Poder Ejecutivo, en el marco de la instalación de la Subsecretaría de Derechos Humanos, a elaborar en el más breve plazo el Plan Nacional de Derechos Humanos.

3. **Garantizar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional.** El INDH recuerda a los tres poderes del Estado su deber de asegurar el pleno goce de derechos en igualdad de condiciones, sin exclusiones ni discriminación, a todas las personas que habitan el país.

4. **Generar instancias de participación incidente.** En atención a los desafíos propios de la profundización democrática que enfrenta nuestro país, el INDH recomienda avanzar hacia la generación de instancias de participación, a nivel nacional y local, que permitan a la ciudadanía incidir en el quehacer del Estado. Esto, de la mano de mayores niveles de acceso a información, transparencia y control. Estas instancias y requisitos deberán ser debidamente considerados en cada una de las etapas del llamado proceso constituyente, con especial consideración de la participación de los grupos vulnerados.

5. **Producción de información pública con enfoque de derechos.** La producción de información constituye un aspecto vital para la toma de decisiones de política pública que sean pertinentes. En relación con esto, el INDH recomienda al Poder Ejecutivo coordinar la producción estadística del sector público y considerar, como se ha señalado reiteradamente, las desagrega-

ciones necesarias para comprender y abordar los desafíos en materia de derechos humanos.

6. **Institucionalidad de control.** El INDH recomienda al Poder Ejecutivo velar por el adecuado cumplimiento de sus funciones fiscalizadoras, y a los poderes colegisladores realizar las reformas necesarias para garantizar la existencia de instituciones de supervisión y control sólidas, autónomas de los poderes del Estado y eficaces, que contribuyan a fortalecer la confianza pública.

7. **Derechos humanos e interculturalidad en las políticas públicas.** El INDH insta al Estado a incorporar, en todo el arco de las políticas públicas, el respeto y promoción de los derechos humanos, y promover la interculturalidad, reconociendo los derechos de las personas y los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional.

RECOMENDACIONES PARTICULARES

1. DESAFÍOS PARA LA PROFUNDIZACIÓN DEMOCRÁTICA

CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

- En materia de prevención de la corrupción, el Estado debe desarrollar una política anticorrupción que incorpore, a lo menos, los siguientes elementos en materia legislativa: i) Tipificación de delitos de corrupción entre privados; ii) Ampliar el campo de aplicación de la Ley de Acceso a la información Pública (20.285) para que el Congreso Nacional y el Poder Judicial estén sometidos a la ley; y iii) Integrar en la Ley 20.730 que regula el *lobby* y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios, las incompatibilidades para el ejercicio de funciones públicas tanto respecto de los/as *lobbistas* como de los sujetos pasivos de *lobby*; y iii) superar las asimetrías de regulación entre los poderes del Estado, principalmente en materia de *lobby* y de acceso a la información pública.
- En cuanto a los conflictos de interés, se recomienda al Poder Ejecutivo y al Legislativo: i) modificar la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional estableciendo la exclusividad de la labor parlamentaria; y ii) Fortalecer las incompatibilidades con el ejercicio de la función pública, tanto para las autoridades vigentes como para el caso de exautoridades.
- En materia de financiamiento de la política, el INDH recomienda al Poder Ejecutivo y Legislativo: i) no permitir, en la Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos (Ley 18.603) que personas jurídicas realicen aportes económicos a campañas electorales. En caso de permitirlo, dicha regulación debe garantizar que estos sean totalmente transparentes y sin opción a anonimato; y ii) Establecer en la Ley 18.603 criterios objetivos, razonables y que garanticen el pluralismo político, para el acceso al sistema de financiamiento de los partidos políticos.
- El INDH reitera su recomendación en orden a fortalecer la institucionalidad de control, a los fines de garantizar que la función de fiscalización en diversos ámbitos de la gestión estatal se cumpla con los recursos, prerrogativas y la autonomía que requiere dicha tarea.
- El INDH recomienda a los tres poderes del Estado favorecer la labor de control que desarrollan las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la promoción de la transparencia y la lucha contra la corrupción. En este ámbito, el INDH recomienda que se posibilite, igual que en el caso de los partidos políticos, el acceso a financiamiento público por parte de las mismas, que permita cumplir con su rol fiscalizador y prevenir corrupción y captación del Estado por parte de empresas.

INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS

Constitución y derechos humanos

- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y al Legislativo considerar los siete requisitos necesarios establecidos por el INDH en su Informe Anual 2014 (confianza

ciudadana; participación; participación de grupos vulnerados; paridad entre hombres y mujeres; representación territorial; transparencia y acceso a la información; e igualdad del voto1) como también el requisito de simplicidad, es decir, que la ciudadanía pueda comprender con facilidad cómo operará en cada una de sus etapas, tanto para el proceso constituyente como en el mecanismo a escoger para el cambio constitucional.

Representación parlamentaria

- Los poderes colegisladores deben analizar la necesidad de establecer medidas afirmativas de carácter temporal para la incorporación de grupos vulnerados, como los pueblos indígenas, a los cargos de elección popular, como lo han señalado los comités de derechos humanos.

Seguridad ciudadana

- Que los poderes colegisladores adecuen el proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos a los estándares internacionales de derechos humanos, en especial: (i) fundamentar la existencia del sistema especial de determinación de penas de manera que se justifique a la luz del principio de igualdad y no discriminación; (ii) eliminar el cumplimiento obligatorio de un año de privación de libertad como condición para acceder a penas sustitutivas a la privación de libertad; (iii) eliminar las "reiteradas detenciones anteriores" como antecedente válido para la determinación de la prisión preventiva por atentar a la presunción de inocencia; y (iv) eliminar el artículo 85 bis que establece el control preventivo de identidad.

Consejo Nacional de la Infancia

- Los poderes colegisladores deben adecuar el Proyecto de Ley de sistema de garantías de los derechos de la niñez acorde a los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente en lo referente a: (i) establecer como obligación de todo el Estado la promoción, garantía y protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes; y (ii) plantear la distinción, en los articulados pertinentes, entre niños y niñas de adolescentes, de manera que el alcance de la norma esté diferenciado atendiendo las características particulares de cada grupo.
- Asimismo, los poderes colegisladores deben garantizar el financiamiento adecuado para que una iniciativa de esta naturaleza pueda implementarse. Esto incluye incorporar en la Ley de Presupuesto un ítem que permita la ejecución de las facultades que este proyecto de ley establece para la promoción, garantía y protección de los derechos humanos de niños y niñas.
- Los poderes colegisladores deben garantizar que la regulación definitiva de la Subsecretaría de la Infancia conlleve herramientas ciertas para la creación e implementación de políticas públicas en la materia, entre ellas: (i) un presupuesto y dotación acorde; (ii) facultades para articular a los diversos sectores que interactúan en favor de la niñez; y (iii) capacidad de control de los planes y programas públicos.

Subsecretaría de Derechos Humanos

- Los poderes colegisladores deben modificar la ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos con el objeto de dotar a dicho organismo con facultades ciertas de diseño, ejecución y coordinación de los

---

1 El INDH en su Informe Anual 2014 definió estos conceptos en los siguientes términos: (i) Confianza ciudadana: En caso de que el procedimiento de reforma constitucional contemple la participación de órganos constituidos, como asambleas parlamentarias u otras, estos deben contar con la confianza ciudadana; (ii) Participación: El procedimiento debe asegurar la participación de la sociedad civil organizada, evitando la captura de los procedimientos por parte de los partidos políticos. También debe asegurar la participación activa de la ciudadanía procurando evitar los niveles de abstención que caracterizan nuestros actos electorales; (iii) Grupos vulnerados: El procedimiento debe garantizar la participación de los pueblos indígenas, de las personas con discapacidad, y de las diversidades sexuales; es decir, de los grupos vulnerados o históricamente discriminados; (iv) Paridad entre hombres y mujeres: La participación debe ser paritaria, logrando la igual participación de hombres y mujeres en el debate constitucional; (v) Representación territorial: El procedimiento debe garantizar una adecuada representación de los intereses territoriales de sus habitantes; (vi) Transparencia y acceso a información: La forma en que se lleve a cabo el proceso, los documentos y avances de borradores que se redacten, los fundamentos de las decisiones que se vayan adoptando y, en general, todo el proceso de reforma constitucional debe ser transparente y garantizar el principio de máxima divulgación de la información; e (vii) Igualdad del voto. Cada voto de cada participante debe tener el mismo peso, reflejando el principio "una persona, un voto".

derechos humanos, como también en la ejecución del Plan Nacional de Derechos Humanos.

- El Poder Ejecutivo, en especial la Subsecretaría de Derechos Humanos, debe desarrollar el Plan Nacional de Derechos Humanos garantizando mecanismos de participación y consulta para las organizaciones de la sociedad civil en materia de derechos humanos, con el objeto de que sean escuchadas y consideradas en la elaboración e implementación del Plan.

Mesa intersectorial sobre trata de personas

- Fortalecer la coordinación intersectorial entre organismos del Estado y sociedad civil para detectar, prevenir y sancionar la trata de personas con fines de explotación laboral y sexual, así como para dar una adecuada atención y reparación a sus víctimas.
- Otorgar financiamiento público a la Mesa Intersectorial y las entidades que la integran, especialmente para la implementación, seguimiento y evaluación del Plan de Acción contra la Trata de Personas, así como para mejorar la detección de casos de trata internacional e interna a lo largo de todo el país.

Política migratoria

- Fortalecer la coordinación intersectorial entre organismos del Estado y sociedad civil para dar una adecuada respuesta a los problemas de derechos laborales y de protección social de la población migrante, cuantificando demandas y asignando presupuesto para ello.
- Reforzar, mediante campañas públicas y del sistema educativo, la valoración de la diversidad cultural y del aporte a la riqueza nacional que entrega la población inmigrante.
- Acelerar la generación de una nueva ley de migraciones, comprometida por el gobierno, junto a la creación del Servicio Nacional de Extranjería y Migración, que estén acordes a los estándares internacionales e incluyan, como lo ha reiterado el INDH, los pisos mínimos de protección jurídica y social a la población inmigrante.
- Fortalecer con presupuesto, formación de funcionarios/as y campañas públicas, la integración y apoyo a las y los migrantes en aquellas regiones que concentran la recepción de extranjeros/as, con eje en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la convención de Derechos del Niño y la Convención contra la Discriminación de la Mujer.
- El INDH insta a los poderes colegisladores a que la creación de nuevas institucionalidades cuente con los recursos necesarios para poder operar adecuadamente.

Organizaciones no gubernamentales

- Se recomienda a los poderes colegisladores otorgar un estatuto particular a las ONG de promoción de la democracia y protección de los derechos humanos, que reconozca la especial contribución que realizan a la profundización democrática y al fortalecimiento del Estado de Derecho.
- Se recomienda al Poder Ejecutivo y al Legislativo establecer una política de apoyo a las organizaciones no gubernamentales de promoción de la democracia y protección de los derechos humanos, que contemple acceso a financiamiento, sin perjuicio de implementar una política más amplia de apoyo a las organizaciones de la sociedad civil.

2. DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

- El INDH recomienda al Congreso asegurar que la tramitación legislativa del proyecto de adopción considere el principio de no discriminación y elimine el orden de prelación, de manera de asegurar que se buscará el o los adultos más adecuados para el/la niño/a susceptible de ser adoptado/a, y no a la inversa.

- El INDH recomienda a los tres Poderes del Estado implementar políticas de cuidado de personas dependientes de distintas edades (niños, niñas, personas con discapacidades que requieren cuidados), e incorporar las consideraciones necesarias en su gestión de recursos humanos, de manera de asegurar que padres/madres/tutores e instituciones asuman en la misma proporción las responsabilidades de cuidado personal y de relación permanente con los hijos e hijas, así como el de otros familiares dependientes.
- EL INDH, con el fin de garantizar el interés superior del niño/a y no exponerles a situaciones que los dejarían en condiciones de vulnerabilidad aún mayor, reitera la recomendación al Poder Ejecutivo –en particular a los ministerios de Justicia, Educación y Protección Social– para que, coordinándose, consideren de modo especial a los niños/as cuyos progenitores o tutores legales están privados de libertad, incorporando mecanismos que eviten su exclusión del sistema educativo o de otros espacios relevantes de integración y contención.
- El INDH recomienda al Poder Judicial considerar el interés superior del niño a la hora de dictar condenas privativas de libertad a sus padres, madres o tutores, y cuando sea posible y en tanto sea acorde a dicho principio, dar preferencia a medidas alternativas que favorezcan la continuidad del contacto. En particular, recomienda a Gendarmería de Chile garantizar el cumplimiento de los días y horarios de visitas, y evitar traslados a otras regiones alejadas de los lugares de residencia de familiares.
- El INDH recomienda al Ministerio de Salud incorporar las técnicas de reproducción asistida de baja y alta complejidad al sistema de Garantías Explícitas en Salud (GES), de manera que todas las personas que quieran acceder a ellas puedan hacerlo sin costo y de manera ágil.
- El INDH recomienda a los poderes colegisladores reforzar la prevención de embarazos no deseados en condiciones de vulnerabilidad, en particular los de niñas, adolescentes y mujeres en situación de pobreza, para que tengan acceso a información y los medios necesarios para cuidar su salud y decidir sin presiones el número y espaciamiento de hijos/as.
- El INDH recomienda a los poderes colegisladores garantizar la atención de embarazos vulnerables de forma adecuada y suficiente, en particular los de niñas, adolescentes, mujeres en situación de pobreza y en casos de embarazos de riesgo, para que cuenten con los apoyos necesarios que pudieran requerir en materia de salud.

FUNCIÓN PÚBLICA Y DERECHOS HUMANOS

- El INDH reitera una vez más su recomendación al Estado de dar fiel cumplimiento al estatuto administrativo, en orden a que los/as trabajadores/as contratados/as desarrollen funciones que sean coherentes con su modalidad de contratación. Para tal objetivo, el Estado debe asegurar que la modalidad de contratación no afecte la igualdad de trato que merecen todas las personas que prestan servicios al Estado.
- El INDH insta al Estado a favorecer el acceso de las mujeres a posiciones directivas y jefaturas de Servicios, allí cuando los méritos con otros candidatos varones sean equivalentes.
- El INDH llama al Poder Ejecutivo y al Congreso a regular los derechos de funcionarios/as de las FF.AA. y de Orden y Seguridad en el ámbito del régimen disciplinario, de sanciones y recursos, por medio de leyes, superando su estado reglamentario y ajustándola a los estándares de DD.HH.
- El INDH recomienda a los poderes colegisladores y a las autoridades de las FF.AA. y de Orden y Seguridad a adecuar la normativa interna de estas instituciones acorde a estándares internacionales, a los fines de que garanticen los derechos humanos de sus funcionarios/as sin discriminación, en el ámbito del derecho a contraer matrimonio, de la regulación en materia de sanciones, del procedimiento de calificación, y en los requisitos de acceso.

3. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

DERECHO AL TRABAJO

- En el marco del debate sobre el Proyecto de Ley que moderniza las relaciones laborales introduciendo modificaciones al Código del Trabajo:
- El INDH recomienda tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo considerar la mantención de la redacción actual del artículo 227 del Código del Trabajo, sin aumentar el número de personas trabajadoras como requisito para la constitución de una organización sindical.
- El INDH recomienda a los poderes colegisladores evaluar la posibilidad de extender el derecho a huelga en contextos distintos del señalado en el libro IV del Código del Trabajo.
- El INDH recomienda al Poder Legislativo fijar que, en el marco de una negociación colectiva, la entrega de información y antecedentes relevantes y pertinentes por parte de la empresa a los trabajadores esté garantizada, de modo de facilitar la toma de decisiones informada.
- El INDH entiende que las reglas que regulen la huelga en el sector público y privado no pueden ser iguales. Por tanto, el INDH recomienda a los poderes colegisladores regular la huelga en el sector público, garantizando servicios básicos y considerando la función y el rol de cada servicio.
- En cuanto al reemplazo de trabajadores/as, el INDH considera que el Poder Legislativo debe mantener la redacción original contenida en el mensaje presidencial (N° 1055-362) que dio inicio al proyecto de ley "que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo".
- Regular los servicios mínimos durante la huelga con estricto apego a las causales específicas que el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido como válidas.
- El INDH recomienda que se permita que los beneficios obtenidos por un sindicato sean reconocidos no solamente a los/as trabajadores/as afiliados/as al mismo.

DERECHO A EDUCACIÓN

- En materia de Educación en Derechos Humanos, el INDH recomienda al Poder Ejecutivo velar por la articulación de las diferentes iniciativas legislativas que abordan la materia, y definir la institucionalidad responsable del diseño, implementación y evaluación de los procesos de formación y capacitación. Asimismo, llama al Estado a destinar un presupuesto adecuado para el cumplimiento de las iniciativas que se han propuesto.
- En relación con la igualdad de la calidad de la educación, el INDH recomienda al Estado adoptar una noción clara sobre calidad de la educación, adecuada a los criterios fijados por los estándares internacionales, que permitan fiscalizar y promover dichos criterios en las diferentes instituciones educativas. Ello debe hacerse con consideración a la autonomía académica de los planteles.
- En esa misma línea, el INDH recomienda al Estado considerar las medidas adecuadas para asegurar una distribución equitativa de recursos financieros, y generar mecanismos para que todas las escuelas y liceos cuenten en su planta con una proporción de docentes que haya recibido una alta calificación, que permitan cumplir con las obligaciones de disponibilidad del derecho a educación.
- En materia de avances en las garantías efectivas del derecho a educación, el INDH recomienda al Poder Ejecutivo y al Legislativo asegurar la disponibilidad, accesibilidad, adecuación y aceptabilidad de la oferta educativa para la inclusión de grupos de especial protección en la educación obligatoria, así como para zonas geográficas aisladas.
- Por último, el INDH reitera su recomendación para que el Estado legisle y refuerce las atribuciones de la institucionalidad en materia de educación, generando

las condiciones estructurales que requiere el sistema educacional chileno para avanzar en inclusión y EDH. El Estado debe destinar los recursos humanos y financieros para apoyar a las unidades educativas en la implementación de los planes de Formación Ciudadana, para evitar una segmentación de la calidad de la educación y debe asumir las tareas necesarias para la implementación del Plan que por su magnitud, complejidad o competencia, las escuelas y liceos no necesariamente estarían en condiciones de asumir.

POBREZA Y DERECHOS HUMANOS

- Se recomienda al Poder Ejecutivo profundizar en el enfoque necesario para que el concepto de pobreza y su erradicación sean acordes al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a los Principios Rectores sobre pobreza extrema y derechos humanos, y contribuyan así a materializar el derecho a una vida digna y alcanzar niveles adecuados de vida para toda la población.
- Se recomienda al Poder Ejecutivo ampliar la medición de pobreza multidimensional a otros ámbitos relevantes desde los derechos humanos, así como adecuar los instrumentos utilizados para la asignación de prestaciones sociales bajo estos mismos parámetros.
- Se insta al Poder Ejecutivo a producir información sobre los niveles de pobreza y pobreza extrema, desagregada a nivel local.
- Se reitera la recomendación a los poderes colegisladores en orden a ratificar y aprobar el Protocolo de San Salvador, aún pendiente.
- En relación con las personas en situación de calle, se insta al Poder Ejecutivo a aumentar y mejorar la oferta pública en su favor, considerando integralmente las necesidades y particularidades de esta población, garantizando la coordinación intersectorial y la adopción del enfoque de derechos en las políticas públicas.
- En relación con la superación de la situación de pobreza y pobreza extrema de los pueblos indígenas se recomienda el diseño y financiamiento –en consulta con los pueblos indígenas– de programas específicos para su superación, en particular en comunidades rurales. También se reitera la recomendación a los poderes colegisladores en orden a reconocer su existencia y sus derechos a nivel constitucional, así como se recomienda el establecimiento de mecanismos institucionales de participación y representación indígena, y la disponibilidad de un financiamiento adecuado para dar solución al tema territorial.

4. EJERCICIO DE DERECHOS SIN DISCRIMINACIÓN

PROSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo generar información que permita cuantificar y caracterizar a la población en situación de prostitución, con independencia de su sexo, orientación sexual o identidad de género, así como elaborar una política integral que aborde el ejercicio de sus derechos humanos sin discriminación.
- En particular, el INDH recomienda al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, adoptar todas las medidas pertinentes para eliminar la discriminación hacia las personas en situación de prostitución –con independencia de su sexo, orientación sexual o identidad de género– en el acceso a la salud, en especial para efectos de facilitar la realización del control de salud.
- El INDH recomienda al Ministerio del Interior y de Seguridad Pública garantizar, mediante la labor de Carabineros de Chile y la PDI, el respeto y protección de los derechos de las personas en situación de prostitución –con independencia de su sexo, orientación sexual o identidad de género–, en particular su integridad física y psicológica.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, desarrollar e implementar todas las medidas necesarias para prevenir, investigar y sancionar toda forma de trata de personas.

5. TERRITORIOS Y DERECHOS HUMANOS

DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo proceder al nombramiento de los ministros titulares y suplentes integrantes del Tribunal Ambiental de Antofagasta, de modo de contar con la institucionalidad completa para proteger adecuadamente los derechos humanos.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo que, al conformar comisiones para la evaluación de materias tan importantes como el Reglamento del SEIA, considere la representación adecuada de todos los sectores involucrados en los procesos de evaluación de impacto ambiental (EIA). Asimismo, se recomienda a la Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental tener presente el análisis que el INDH ha realizado respecto del Decreto Supremo 40 y considere su revisión para garantizar su adecuación a las directrices del Convenio 169 de la OIT en la materia.
- Se reitera al Poder Ejecutivo la necesidad de que las medidas que adopte en materia de desarrollo energético, consideren los estándares de derechos humanos y garanticen el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, el derecho a la salud, el derecho a la consulta indígena y el derecho al agua, entre otros.
- Se recomienda a los poderes colegisladores incorporar en la tramitación de los proyectos de ley en actual discusión (protección y preservación de glaciares, creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, y la reforma al Código de Aguas), los ajustes necesarios para el cumplimiento de los estándares internacionales en materia del derecho a un medio ambiente libre de contaminación y los derechos conexos que pudieran verse afectados.
- Asimismo, insta a los poderes colegisladores a buscar acuerdos institucionales y realizar coordinaciones efectivas que permitan asegurar el pleno respeto al derecho de consulta indígena conforme a los estándares del Convenio 169 de la OIT tratándose de medidas legislativas.
- Por último, se exhorta al Poder Ejecutivo a considerar en la reforma del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental los estándares internacionales en materia del derecho a la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas.

RELACIONES INTERCULTURALES Y DERECHOS HUMANOS

- El INDH reitera su recomendación a los poderes del Estado referida a dar reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas, así como a sus derechos internacionalmente reconocidos, al igual que reconocer el deber del Estado de promover la interculturalidad entre los distintos pueblos que habitan el territorio nacional.
- El INDH recomienda a los poderes del Estado adoptar un enfoque intercultural en el desarrollo de las políticas públicas, de forma clara, orgánica y coordinada entre sí. En este marco, el INDH recomienda integrar a los pueblos tribales en los enfoques interculturales que se adopten, junto con los pueblos indígenas. En este sentido, toda Consulta Previa debe contar con la participación de las autoridades de los pueblos tribales afectados por la medida a consultar.
- El INDH recomienda que en la realización de futuras Consultas Previas se contemplen plazos de discusión adecuados. Además, se insta al Estado a evitar la realización de procesos de consulta paralelos, y cuando ello no sea posible, a asegurar la debida coordinación entre los diversos órganos de la administración, de modo de posibilitar la participación efectiva de los pueblos.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo revisar el Decreto Supremo 66 de 2014 que regula la consulta previa a los pueblos indígenas. Para ello se insta al Ministerio de Desarrollo Social a que cumpla su compromiso de establecer un cronograma con plazos y el modo en

que se revisará dicho instrumento, junto a los pueblos indígenas y tribales.

- Asimismo, se recomienda a la Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental tener presente el análisis que el INDH ha realizado sobre el Decreto Supremo 40 y considere su revisión para garantizar su adecuación a las directrices del Convenio 169 de la OIT en la materia.
- El INDH reitera al Poder Ejecutivo la recomendación en orden a dar inicio a un diálogo político de alto nivel, para todo el país, convocado por el gobierno en los términos señalados en la propuesta del INDH que se le hiciera llegar al Poder Ejecutivo el 2014 y que ha sido reseñado en el Informe Anual del mismo año, que permita responder a los problemas de diverso orden que vive la región.
- Adicionalmente, el INDH insta al Estado a adoptar una estrategia integral para hacer frente a la situación de violencia en La Araucanía, lo que incluye atender las denuncias de todos los habitantes de la región y proceder a la investigación eficaz de los hechos delictuales cometidos, para la sanción de los responsables y la protección de las víctimas.
- Respecto del territorio Rapa Nui y de la administración estatal de sitios de significación religiosa, el INDH recomienda al Estado de Chile incorporar la perspectiva intercultural en el diseño o reconocimiento de formas autónomas de administración de esos lugares por parte de las propias comunidades.

6. VIOLACIONES MASIVAS, SISTEMÁTICAS E INSTITUCIONALIZADAS DE DERECHOS HUMANOS (1973-1990)

VIOLACIONES MASIVAS, SISTEMÁTICAS E INSTITUCIONALIZADAS DE DERECHOS HUMANOS: ACCESO A LA JUSTICIA

- El INDH recomienda a los poderes colegisladores garantizar el acceso a la información relacionada con las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, eliminando la cláusula de secreto de la Ley 19.992 (Valech I) si las víctimas así lo deciden y siempre que no afecte derechos de terceros, a los fines de que los tribunales de justicia tengan acceso a dichos antecedentes.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo adoptar medidas administrativas que, considerando la no retroactividad de la ley, dejen sin efecto los beneficios asociados al grado de los miembros de las Fuerzas Armadas condenados por delitos de lesa humanidad.
- El INDH reitera la recomendación al Poder Ejecutivo y Legislativo de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los fines de dar cumplimiento a la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano, privando de todo efecto jurídico el Decreto Ley 2191 de Amnistía.
- El INDH recomienda al Poder Ejecutivo proveer todos los recursos que sean necesarios, incluidos el fortalecimiento del Programa de Derechos Humanos, del SML y la Brigada de Derechos Humanos de la PDI, con el objeto de que sin dañar la calidad de las investigaciones en curso, estas logren avanzar y culminar.
- El INDH mantiene su recomendación en orden a que los tribunales superiores de justicia se abstengan de reconocer valor jurídico a instituciones reñidas con la naturaleza imprescriptible de los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad.

- El INDH insta al Estado a diseñar una institucionalidad y una política integral en este campo, que no excluya a las víctimas de tortura de ninguno de los servicios puestos a disposición en el caso de otro tipo de víctimas de la dictadura, de modo de garantizar el ejercicio y reconocimiento de derechos en condiciones de igualdad.

- El INDH, una vez más, llama al Poder Ejecutivo a incorporar en el diseño institucional en este ámbito una instancia de calificación permanente de víctimas de la dictadura.



INFORME DE GESTIÓN



Fotografía: Prensa presidencia de la República.

Fotografía: INDH.



INFORME DE GESTIÓN

El desarrollo del INDH a lo largo de estos años permite –en este 2015– concretar el anhelo de fortalecer y proyectar su institucionalidad a regiones, de manera de responder de mejor manera a las necesidades de los y las habitantes del territorio nacional, así como a las recomendaciones planteadas por los órganos de supervisión de tratados de la ONU, descentralizando la labor del Instituto y ampliando su marco de acción a otros lugares de Chile. De esta manera, las acciones del año se han concentrado en la instalación de las sedes del Instituto emplazadas en las regiones de Antofagasta, Valparaíso, La Araucanía, Los Lagos, Arica-Parinacota y Biobío. Ello ha significado una intensa labor de funcionarios y funcionarias para desarrollar, además de todos los procesos de inducción, capacitación y apoyo, procesos de selección y de instalación de las nuevas oficinas, además de cumplir con la expansión de la dotación de personal del INDH y la ampliación de la sede central. Por su parte, las jefaturas regionales que se han ido incorporando han centrado su labor en la difusión del INDH y su rol, sosteniendo reuniones con organismos estatales, organizaciones de la sociedad civil y personas del ámbito académico, con el ánimo de generar todas las interacciones necesarias para llevar adelante el mandato institucional.

Además de dicha proyección institucional –que culmina en 2017 con sedes en cada una de las regiones del país– el INDH ha debido implementar su planificación anual en el marco de un conjunto de elementos de coyuntura que han requerido flexibilidad y adaptación. Así, en el período informado, tuvo lugar la solicitud de remoción de la Directora del INDH, que culminó a favor de su permanencia en el cargo; y una solicitud de auditoría del INDH a la Contraloría General de la República solicitada por la misma.

POSICIONAMIENTO INSTITUCIONAL

El INDH ha implementado el 2015 las acciones aprobadas de su planificación anual y que se encuentran detalladas en el presente documento. Asimismo, ha desplegado un conjunto de iniciativas de posicionamiento institucional y difusión. En el ámbito del trabajo legislativo, por ejemplo, ha presentado su posición en el proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación; al tiempo que ha participado igualmente en el proyecto de ley que proporciona reparación y asistencia en rehabilitación a las víctimas de explosión de minas u otros artefactos explosivos militares abandonados sin estallar. También ha realizado presentaciones ante la Comisión de Derechos Humanos del Senado respecto del Proyecto de ley que modifica la Ley 20.405 del INDH, para establecer la obligación de hacer públicas las opiniones disidentes de los/as Consejeros/as; respecto del proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia. A su vez, aportó con asistencia técnica en materia de derechos humanos en el marco de la tramitación de tres proyectos de ley que buscan establecer la inadmisibilidad y la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, y por otra parte, dio su opinión en contra acerca de la extensión del subsidio forestal.

En materia de participación en instancias interinstitucionales, el INDH ha participado este año en la Mesa Intersectorial sobre Trata de Personas (MITP); en el Consejo Técnico de Política Migratoria; en la mesa de participación ciudadana y consulta indígena del Comisión Asesora Presidencial para

la evaluación del SEIA; en otra Mesa de Seguimiento de las Recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU; y en la mesa intersectorial sobre Sitios de Memoria. Resulta significativo que, más allá de la participación puntual en las mesas de trabajo señaladas el INDH ha recibido de manera permanente consultas y requerimientos de participación en distintas instancias de formulación, diseño o implementación de políticas públicas, apareciendo de manera creciente y sostenida como un referente y una voz necesaria al momento de abordar temáticas desde una perspectiva de derechos humanos.

En el ámbito de *protección de los derechos humanos* se han seguido los protocolos relativos a acciones judiciales del INDH, lo que ha significado presentar querellas por el delito de trata de personas, recursos de protección de ciudadanos/as de origen extranjero, además de dar seguimiento a procesos en trámite. Asimismo se han presentado querellas criminales contra quienes resulten responsables de los sucesos acaecidos en relación con la situación del estudiante Rodrigo Avilés, gravemente herido por la acción del carro lanza aguas de Fuerzas Especiales de Carabineros durante una manifestación en Valparaíso; por José Huenante y por José Antonio Vergara Espinoza, desaparecidos en el 2005 y 2015, respectivamente; y por Nelson Quichillao López, muerto en el marco de la huelga realizada por la Confederación de Trabajadores del Cobre. En el marco de la priorización estratégica que ha hecho el INDH en relación con los delitos de tortura, se ha mantenido la presentación de querellas frente a casos que, en su mayoría, ocurren en las cárceles. A modo de síntesis, cabe consignar que se han presentado cinco querellas por el delito de trata de personas o tráfico de migrantes, 16 querellas por el delito de torturas, una querella por el delito de lesiones en el caso de Rodrigo Avilés (Valparaíso), una querella en el caso de Nelson Quichillao (El Salvador), una querella por el delito de homicidio, y dos querellas por el delito de desaparición forzada de personas (caso José Huenante en Puerto Montt y José Vergara en Iquique). Durante el periodo se han presentado los siguientes recursos de amparo constitucional: seis Amparos por violencia policial, siete amparos a favor de internos por violencia dentro de las cárceles, cinco amparos del art. 95 del CPP. También se han presentado dos *amicus curiae*, uno ante el TC en el contexto del control de constitucionalidad acerca del proyecto de ley que regula la admisión de los estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en los establecimientos que reciben aportes del Estado (Rol N° 2787-15), y otro realativo sistemas de vigilancia con globos y cámaras (Rol N° 82.289-2015 de la I. Corte de Santiago). Finalmente se ha presentado una intervención ante el CNTV, a consecuencia de ello se formularon cargos contra MEGA por un espacio del programa "Morandé con Compañía".

En el marco del *Programa Derechos Humanos, Orden Público y Función Policial,* el Instituto ha realizado labores de observación de las manifestaciones públicas convocadas por colectivos de pescadores, estudiantes, profesores, camioneros, enfermeras, entre otros grupos sociales.

La *vinculación con la ciudadanía y con las organizaciones de la sociedad civil* hace parte del trabajo cotidiano del INDH. Cada días más las personas acuden al Instituto para pedir información, ayuda o realizar denuncias de vulneraciones a los derechos humanos, además de agradecer o apoyar la labor del INDH. Durante el período se ha buscado ampliar y mejorar la coordinación con las organizaciones pertenecientes al registro del INDH, generando reuniones con diversas organizaciones de memoria, de personas con discapacidad y de otros grupos que conforman la pluralidad de organizaciones que hoy trabajan por avanzar en el reconocimiento y garantía de derechos. Además y producto de la creación, durante 2014, de la Unidad de Colaboración y Atención a la Ciudadanía, se han realizado capacitaciones y charlas para distintos públicos y concernientes a distintos temas de derechos humanos, los que han sido acompañados por material informativo acerca de sus derechos.

En cuanto a las *relaciones internacionales*, destaca la organización del Tercer Encuentro de Defensores del Pueblo de América del Sur, llevado a cabo en Santiago el 9 y 10 de julio, instancia en que se concordaron los estatutos que dirigirán el Observatorio de Derechos Humanos de las Defensorías del Pueblo de Sudamérica. Destaca asimismo la firma de un convenio de colaboración interinstitucional con la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador y la visita de una delegación de la ONG internacional Asociación para la Prevención de la Tortura (APT).

Otro de los hitos que marcó el año fue la visita al INDH de Humberto Sierra, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Sr. Maina Kiai, Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a reunión y libre asociación, así como la participación de los/as Consejeros/as Consuelo Contreras y José Aylwin en el Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) y de la Directora Lorena Fries en el Comité de Derechos de Niños/as y Adolescentes que sesionaron para revisar la manera en que Chile ha cumplido las obligaciones contraídas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Convención de los Derechos del Niño/a.

Por último, durante este periodo se ha incrementado el número de visitas a la página *web* institucional y el número de seguidores/as en redes sociales. Durante el período el INDH ha registrado 194.359 visitas al sitio *web*. En tanto, los/las seguidores/as de Facebook y Twitter han alcanzado en este periodo 103 mil y casi 22 mil usuarios/as, como se observa en la Tabla siguiente:

PLATAFORMA	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEPT	OCT	TOTAL
SITIO WEB	19.736	13.712	21.352	28.114	17.141	18.587	18.167	20.738	15.930	20.882	**194.359**
FACEBOOK	94.008	94.287	94.567	95.206	96.322	97.599	98.742	100.147	102.169	103.107	**103.107**
TWITTER	18.900	19.150	19.400	19.900	20.600	21.100	21.600	22.100	22.500	22.800	**22.800**

PRODUCTOS EN EJECUCIÓN

PROGRAMA DE EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

PRODUCTO 1	DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE CURSOS, POSTÍTULOS Y POSTGRADOS

Descripción

Fomentar el desarrollo de ofertas educativas en derechos humanos para distintos públicos, ámbitos y niveles (postgrados postítulos, cursos, talleres), en instituciones de educación superior que puedan certificar dichos procesos formativos.

El Estado de Chile ha comprometido un Plan Nacional de Derechos Humanos y se encuentra en discusión un mecanismo en el Parlamento, en el proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos. Mientras se avanza con este dispositivo, que incluye un área de educación, es necesario ir generando las condiciones para que pueda implementarse, trabajando en dos líneas: el fortalecimiento de las capacidades académicas de las instituciones de educación superior para ofertar cursos que aporten a este Plan y avanzar en la toma de conciencia por parte de funcionarios/as públicos/as que ejercen cargos de responsabilidad así como de dirigentes sociales en la necesidad de formarse para ejercer los roles de garantes y de defensores que les competen a cada uno.

Este producto se proyecta en ampliación, avanzando en un magister y el apoyo a dos diplomas financiados en el 2014, a apoyar otros tres diplomados y mantener otras ofertas (tres diplomas y un curso) que han sido inicialmente financiadas por el Fondo de Unión Europea, mediante un sistema de becas otorgadas por el INDH.

Avances

- Se firman los anexos de convenio y un convenio específico para la ejecución de tres diplomas financiados en el marco del convenio con la Unión Europea, de los cuales ya se iniciaron los procesos lectivos de: Cuarta versión del Diploma de Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Primera versión del Diploma de Educación en Derechos Humanos y Universidad, con el Programa de Derechos Humanos de la Universidad del Biobío.
- Se inicia la Tercera versión del Diploma de Derechos Humanos, Democracia y Ejercicio de la Ciudadanía, con el Grupo Interdisciplinario de Investigación en Derechos Humanos y Democracia de la Universidad de Concepción, que implementa clases presenciales los días sábados.
- Se firma anexo convenio con la Universidad de Santiago para la segunda versión del Diploma de Inclusión Social, Derechos Humanos y Discapacidad, orientado a funcionarios municipales.
- Se revisa la plataforma educativa de la implementación del Curso semipresencial introductorio a los derechos humanos, destinado a fiscales del Ministerio Público y se diseña el módulo a cargo del INDH.
- Se continúa con la colaboración con organismos públicos para la implementación de los programas Curso semipresencial introductorio a los derechos humanos destinado a fiscales del Ministerio Público; "Migración internacional, e interculturalidad en salud: abordaje desde los derechos humanos y determinantes sociales", para profesionales del MINSAL y el diploma de "Formación en derechos humanos", para funcionarios del MINEDUC.
- Se inician conversaciones con reparticiones públicas y universidades en regiones para articular nuevas ofertas de postgrados y postítulos en derechos humanos destinados a funcionarios y funcionarias públicas, a realizarse en 2016, con financiamiento estatal de las propias reparticiones.
- Se participa en el IV Curso de Instructores de derechos humanos y función policial de Carabineros de Chile, con un módulo específicamente orientado a la educación y formación en estas materias, en respuesta a invitación del Departamento de Derechos Humanos de Carabineros de Chile.
- Culminada la fase lectiva, los y las estudiantes presentan sus tesinas de Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Universidad Diego Portales) y se apoyan los procesos de difusión de la segunda versión (2016-2017).
- Acciones de colaboración con Universidades: Módulo de EDH en el Taller de Experiencias Laborales II: El docente y la cultura del Aula, curso de la carrera de Pedagogía para profesionales de la Universidad Alberto Hurtado, y el Módulo de Estado, Democracia y Derechos Humanos, del diploma de Habilidades para el Liderazgo Social, de Fundación Techo.

PRODUCTO 2	FORTALECIMIENTO DE REDES DE EQUIPOS DE EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Descripción

Asesorar y apoyar la coordinación y el desarrollo de acciones de la Red de Equipos de Educación en Derechos Humanos (REEDH) y de la Red de Educación de sitios de memoria y conciencia de la RM (Resmyc), para incrementar las capacidades de las organizaciones de la sociedad civil para sostener procesos de incidencia en materia de Educación en Derechos Humanos y en Memoria. Durante el 2015 se propiciará una mayor autonomía de funcionamiento y coordinación de la REEDH; fortalecer la comprensión de la EDH, mediante acciones de capacitación y potenciar su capacidad de incidencia. Asimismo se continuarán acciones de apoyo a la Resmyc.

Avances

- Se inició la participación en la Red de Equipos de Educación en Derechos Humanos mediante de la coordinación de la Comisión que diseña una propuesta de curso básico de DD.HH. para formación de pregrado de las universidades chilenas.
- En la Red de Educación de los Sitios de Memoria y Conciencia se articula con la Unidad de Currículum del Ministerio de Educación, en la que los equipos educativos de los sitios de memoria presentan sus observaciones a los programas de estudio de I y II Medio que refieren a los temas de la memoria histórica (golpe militar, dictadura y recuperación de la democracia).
- El INDH se integra a dos nuevas redes orientadas a la Educación en Derechos Humanos: Mesa de Educación Intercultural, abocada al tema de la inserción educativa de niños y niñas de familias migrantes, coordinada por la Vicaría de la Educación y el Departamento de Movilidad humana del Arzobispado de Santiago; Mesa de Educación y Ciudadanía, instancia de reflexión y sensibilización en la formación ciudadana en el ámbito escolar, convocada por la Vicaría de Pastoral Social (CARITAS).
- En la Nueva mesa de Mesa de Educación Intercultural, el INDH conforma parte de la comisión que diseña una propuesta de curso de perfeccionamiento sobre Educación Intercultural y Migración para el CPEIP.

PRODUCTO 3	SEGUIMIENTO CURRICULAR DE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Descripción

Analizar la integración de la educación en derechos humanos en el currículum de la educación formal escolar en contexto de reforma en curso (bases curriculares, programas o textos de estudio); de carreras clave de educación superior y en la capacitación de funcionarios/as públicos/as, que ayude a identificar brechas y apoyar orientaciones con miras al Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos y al monitoreo de la EDH en función de las observaciones dadas en los Informes Anuales del INDH. El anuncio del Plan Nacional de Derechos Humanos en el Programa de Gobierno y en las declaraciones del Ministerio de Educación se ha hecho hincapié en mejoramiento curricular y de los instrumentos de trabajo de aula, como los textos escolares. En ese sentido, y en atención a que aún queda por diseñar el currículum de los dos últimos años de la educación escolar obligatoria y la renovación de los textos escolares, se requiere reforzar un trabajo técnico de asesoría y colaboración con el Mineduc para que puedan desarrollar esta tarea respondiendo a los estándares internacionales de educación en derechos humanos. Adicionalmente, la implementación del Plan Nacional de Derechos Humanos conducirá a una revisión de los sistemas de capacitación de los funcionarios de las instituciones públicas y los planes de formación de Fuerzas Armadas, Orden y Seguridad, donde el INDH deberá velar por la armonización con los estándares internacionales y con la profundización de los procesos que en esta materia se vienen desarrollando desde mediados de la década de 1990.

Durante el 2015 se mantendrán las acciones de seguimiento curricular escolar y de asesoría y acompañamiento técnico de los equipos profesionales del Mineduc. Como parte de ello se hará un estudio de la inclusión de la EDH en textos escolares. Asimismo se colaborará con la escuela de Gendarmería que se encuentra en proceso de revisión curricular de sus mallas de estudio.

Avances

- Seguimiento curricular escolar: Se presenta al Consejo y aprueba un informe diagnóstico acerca de la inclusión de la Educación en Derechos Humanos en el currículum escolar chileno y se genera una publicación digital.
- Se solicita al MINEDUC, vía oficio, a instancias del Consejo, información de programas de la asignatura de Religión.
- Seguimiento curricular en operadores de justicia: Asistencia a presentación del proyecto de acreditación Escuela de Gendarmería.
- Seguimiento del gasto público en capacitación en derechos humanos de Funcionarios Públicos: Se inició el procesamiento de la información aportada por el Servicio Civil y se consolidan las bases de datos. Se obtienen resultados de inversión y temáticas de derechos humanos en las capacitaciones de los gobiernos regionales de Los Lagos, Los Ríos, Maule y La Araucanía.

PRODUCTO 4	APOYO A EQUIPOS EN DERECHOS HUMANOS

Descripción

Potenciar las capacidades técnicas e institucionales de los equipos de educadores/as, defensores/as y observadores/as de derechos humanos, para promover acciones de promoción y exigibilidad de derechos en sus campos de acción. Durante el 2015 se proyecta un trabajo con equipos profesionales de municipalidades, universidades, organizaciones no gubernamentales, organismos públicos y organismos de responsabilidad social empresarial, que en total suman alrededor de 12 instituciones.

Avances

Desde el inicio del 2015 se trabaja con 27 equipos: de instituciones públicas (14), organizaciones de voluntariado (2) y universidades (11), con quienes se continúa o inicia el trabajo conjunto para fortalecer la incorporación de las temáticas de Derechos Humanos en talleres, seminarios y diferentes espacios de formación:

Equipos profesionales de Universidades: Universidad de La Serena, Universidad Alberto Hurtado, Universidad de Santiago de Chile, Universidad Central, Universidad Católica Silva Henríquez, Proyecto Anillo Normalidad y Diferencia, y Universidad Andrés Bello.

Equipos de profesionales de Organizaciones de voluntariado: Techo Chile, y WorldVision.

Equipos de profesionales de Instituciones Públicas: Consejo para la Transparencia, Ministerio de Educación, Seremías de las regiones de Los Ríos y Maule, Ministerio de Salud, Servicio de Registro Civil e Identificación, Municipalidad de San Miguel, Municipalidad de Santiago, Prodemu Provincia de Talagante, Dideco Municipalidad de Providencia, Municipalidad de Quilicura.

PRODUCTO 5	COORDINACIÓN DE PRÁCTICAS Y PASANTÍAS EN INDH

Descripción

Potenciar la comprensión y aplicación del enfoque de derechos humanos en estudiantes de educación superior por medio de la gestión de prácticas profesionales y pasantías, dirigidas a la obtención de títulos de grado o postgrado en las distintas unidades del INDH, incluyendo acciones relacionadas con los trabajos desarrollados en materia de protección, promoción y educación realizada en regiones. Durante el 2015 se contempla la ampliación de este programa para responder tanto a la demanda creciente de espacios de prácticas y pasantías que hacen universidades en convenio como de los propios requerimientos de las unidades, aumentando la cantidad de estudiantes que se reciban en estas modalidades, aproximadamente a 13 estudiantes.

Avances

Se define Protocolo Institucional de Prácticas Profesionales y se actualiza el Registro de Practicantes y Pasantes. El Plan Anual de Prácticas se actualiza a base de solicitudes de las Unidades, implementando los llamados en forma pública en el sitio *web* por primer año.

- Entre enero y octubre se implementaron 14 prácticas y pasantías, en la Unidades Jurídica y Judicial, de Estudios, de Educación y Promoción, de Colaboración y Atención a la Ciudadanía, y de Administración y Finanzas, quienes son capacitados/as en derechos humanos y género, en conjunto con funcionarios/as de reciente incorporación al INDH.
- Se diseñan contenidos de capacitación respecto de nociones básicas de derechos humanos, dirigida a estudiantes en práctica y nuevos/as funcionarios/as, en conjunto con la UAF, sesión programada para noviembre.
- Durante el último trimestre se acuerda el traspaso de este producto de gestión al área de gestión de personas de la UAF, que comenzará a ejecutarlo a contar del 2016.

PRODUCTO 6	AMPLIACIÓN, COORDINACIÓN E INFORMACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES DEL REGISTRO Y EL INSTITUTO

Descripción

Reuniones con organizaciones de regiones y de la RM invitándolas a inscribirse, teniendo presente la diversificación de temas. Se busca aumentar en 27 nuevas organizaciones. También se realizarán, durante el año, tres reuniones informativas con organizaciones del Registro –una en regiones y dos en Santiago– y reuniones temáticas, comenzando con las organizaciones de diversidad sexual, jóvenes, discapacidad.

Avances

En el primer período del año se asistió a reuniones de diversas organizaciones pertenecientes al registro y otras organizaciones de la sociedad civil de promoción y defensa de derechos humanos, como Fundación Margen, Villa Grimaldi, CODEPU, 3 y 4 Álamos, CIMUNIDIS, Casa Memoria José Domingo Cañas, Círculo de Políticas Participativas.

Registro: Durante el período se inscribieron 11 nuevas organizaciones en el Registro de Organizaciones de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos del INDH, de estas tres corresponden a organizaciones de regiones: Cimunidis, de la región de Coquimbo; la Comisión Independiente de Derechos Humanos de Tocopilla, Región de Antofagasta; y el Centro Austral de Derecho Ambiental – CEADA, de Puerto Montt, Región de Los Lagos. Las organizaciones correspondientes a la región Metropolitana son: Comisión Chilena de DD.HH.; Fundación Colectivo Alquimia; Corporación Estadio Nacional, Memoria Nacional; Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, CLADH-Chile; Círculo de Mujeres y Niñas con Discapacidad, Fundación Savia, Temas de salud y en especial VIH Sida; Londres 38, Derechos Humanos y Memoria; Asociación Memoria y DD.HH. Colonia Dignidad, Derechos Humanos y Memoria; Valídame, Salud (La Serena, Coquimbo).

Reuniones con Sociedad Civil: Se realizó una reunión con organizaciones de Mujeres, Diversidad sexual y de Discapacidad en agosto. Se realizaron reuniones con organizaciones de la Región de La Araucanía en julio y otra con las organizaciones de Puerto Montt en agosto en las respectivas regiones. Entre septiembre y octubre se realizaron reuniones con organizaciones de Los Ríos, Los Lagos, El Maule, y La Araucanía.

PRODUCTO 7	ACCESIBILIDAD SITIO WEB PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Descripción

Favorecer el ingreso de todas las personas al sitio *web* del INDH, adaptándolo a estándares de accesibilidad para personas con discapacidad.

Avances

Se recibió un análisis emitido por SENADIS en donde se objetivaron los puntos a mejorar para hacer de la *web* corporativa del INDH una plataforma accesible. Sobre la base de este análisis se convocó a empresas para revisar la factibilidad de realización de este trabajo y para recibir las respectivas cotizaciones. Actualmente se está evaluando la empresa que llevará a cabo el trabajo.

PRODUCTO 8	GESTIÓN COMUNICACIONAL

Descripción

Continuar con las acciones de difusión del quehacer institucional del INDH mediante la gestión de prensa y de los medios institucionales

Avances

En materia de gestión de prensa se ha mantenido un trabajo continuo con medios de comunicación, asegurando la presencia del INDH, a lo menos, diariamente en la prensa.

Además, las redes sociales del INDH han continuado su crecimiento en cuanto a su público y sus interacciones con este, alcanzando en *Facebook* 105 mil seguidores/as. *Twitter* se encuentra en 24 mil seguidores/as. En tanto el sitio *web* –al que se han aplicado mejoras en su sistema de administración– ha arrojado un promedio de 20 mil visitas mensuales en el presente periodo.

También se ha apoyado el lanzamiento de las sedes regionales del Instituto –específicamente de las instaladas en las regiones de Valparaíso, La Araucanía y Los Lagos– estableciendo los principales lineamientos comunicacionales para sus actos de presentación ante la ciudadanía.

PRODUCTO 9	ESTRATEGIA DE DIFUSIÓN DEL CENTRO DE DOCUMENTACIÓN (CEDOC) Y COMPRA DE BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA

Descripción

Posicionar al CEDOC - INDH como un referente en la entrega de información especializada en DD.HH. Enriquecer la actual colección bibliográfica del centro documental, adquiriendo nuevos libros en temáticas específicas en derechos humanos.

Avances

Se ingresó y catalogó la bibliografía adquirida en abril y mayo. Se cotizó nuevos títulos y se efectuó la compra del segundo semestre, la que se llevó a cabo con el sistema ChileCompra y del distribuidor Liberalia. Se catalogaron los libros ingresados para dejarlos disponibles en el catálogo digital y en la biblioteca del CEDOC. Se encuentra aún pendiente la compra de libros con la librería de la I. Municipalidad de Ñuñoa.

PRODUCTO 10	CAMPAÑA ANUAL DE INCIDENCIA PÚBLICA

Descripción

Diseño, impresión de afiches, distribución, anuncio publicitario y campaña digital (agencia de publicidad e inversión en redes sociales) de la Campaña de incidencia pública a nivel nacional, cuyo objetivo es el conocimiento de los derechos humanos por parte de la ciudadanía y conciencia de la exigibilidad de estos, con énfasis en grupos vulnerables.

Avances

Luego de la revisión de los procesos administrativos para la definición de la empresa a cargo de realizar la campaña, se concretó la contratación de la agencia de publicidad Atalah y Viveros, la que se encuentra desarrollando un videoclip y las piezas gráficas respectivas para la difusión de la iniciativa, la que será presentada públicamente durante los primeros días de diciembre. Es importante recordar que el producto principal de la campaña es un videoclip con imágenes de la cotidianeidad de los/as habitantes de Chile, el que -junto a *jingle* base del video- transmitirá los mensajes acerca de derechos humanos respaldados en la legislación nacional e internacional en la materia.

PRODUCTO 11	SEMINARIO DE FORMACIÓN EN EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS PARA ASESORES Y ASESORAS LEGISLATIVOS/AS

Descripción

Los asesores y asesoras legislativos/as (asesores de parlamentarios, abogados de Comisiones e investigadores/asesores de la BCN) cumplen un rol esencial en la actividad legislativa. Que estas personas manejen conocimientos de derechos humanos constituye una facilitación relevante para nuestros objetivos. El propósito este año es desarrollar dos seminarios para abordar temáticas con mayor profundidad según la agenda legislativa anunciada por el gobierno.

Avances

Se realizó exitosamente el seminario, con participación de 50 personas entre ambos días. En el primero se abordaron aspectos de seguridad ciudadana y DD.HH. y, en el segundo, se trataron materias relativas a derechos sexuales y reproductivos. Se está determinando la fecha de realización del segundo taller, el que se realizaría a partir de consultas a los participantes en el anterior, en Santiago, durante la semana distrital de diciembre. Asimismo, se están identificando las temáticas a abordar.

PRODUCTO 12	ACTUALIZACIÓN DEL MAPA DE CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES

Descripción

Transcurridos casi 3 años desde la elaboración de la primera versión del mapa, a efectos de avanzar en la promoción y protección del derecho a un medio ambiente libre de contaminación y con el fin de responder a la amplia demanda constatada, el INDH se ha propuesto actualizar su Mapa de Conflictos Socioambientales en Chile. Esto implica revisar los 97 conflictos originalmente detectados y actualizar su estado, así como identificar nuevos conflictos socioambientales que pudieran haber surgido entre junio de 2012 y marzo de 2015.

Avances

De acuerdo con lo planificado, la consultora ha hecho entrega del informe final del estudio sobre conflictos socioambientales en Chile, que contiene: una carpeta con resúmenes de los conflictos 2012 actualizados, una carpeta con resúmenes de los nuevos conflictos identificados en 2015, una base de datos integrada y un informe final. A la fecha de cierre de este informe se está trabajando en la adecuación del diseño digital del mapa, el que será puesto a disposición a fines de 2015.

PRODUCTO 13	TERCERA ENCUESTA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Descripción

La ENDH tiene por objetivo medir las concepciones y valoraciones en torno a los derechos humanos, así como las experiencias de vulneración de la población mayor de 18 años residente en Chile. Para cumplir adecuadamente con este objetivo se aplica una encuesta cada dos años que permite el monitoreo y análisis comparativo y de tendencias.

Dicha encuesta se caracteriza por un alto nivel técnico, cumpliendo con las siguientes características técnicas: Encuesta presencial (en terreno, no telefónica), Incluye casos urbanos y rurales, cubre todas las regiones del país, Representativa a nivel nacional total, urbano y rural a nivel nacional, así como para cada una de las regiones, Error menor a 2% a nivel nacional, Error igual o menor a 6% a nivel regional, Con aplicación de recontacto (cada caso se intenta tres veces antes de aplicar un reemplazo o darlo por perdido, pues ambas acciones aumentan el error de los resultados), Con reemplazo aleatorio (este procedimiento permite controlar el error de los resultados dentro de los márgenes previstos, en contraposición al reemplazo intencionado que aumentaría el error).

Avances

De acuerdo con lo programado, la consultora Demoscópica desarrolló la encuesta en las condiciones indicadas en el contrato, y ha hecho entrega de los resultados finales al INDH. El tamaño de la muestra fue de 4.240 casos, con un margen de error muestral del 1,5% considerando un nivel de confianza del 95,5% y bajo el supuesto de varianza máxima. El cuestionario definitivo cuenta con 48 preguntas, cerradas y abiertas, de selección simple y múltiple y con un tiempo de aplicación promedio de 30 minutos.

Los resultados han sido dados a conocer públicamente el 17 de octubre de 2015, en una nota exclusiva del diario *La Tercera.*

PRODUCTO 14	DISEÑO Y PUBLICACIÓN DIGITAL DE MANUAL DE DERECHOS HUMANOS PARA COMUNICADORES/AS

Descripción

Continuar el trabajo de promoción de los derechos humanos entre comunicadores y estudiantes de comunicaciones, para generar una conciencia que les permita influir en sus medios de manera que estos promuevan el respeto y garantía de los derechos humanos.

Avances

Continúa en desarrollo el proceso de edición del manual, ajustándose aspectos de forma y fondo, previo a la entrega al Comité de Publicaciones del INDH. Paralelamente se realizó el diseño e ilustración del manual.

PRODUCTO 15	PRODUCCIÓN DE MATERIALES DE EDUCACIÓN Y PROMOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Descripción

Generar propuestas en diversos formatos que reafirmen una cultura respetuosa de derechos humanos, apoyen la comprensión de los derechos humanos, sus mecanismos de exigibilidad y refuercen la apropiación de nuevas prácticas educativas y de convivencia social. Se considera en esta producción también su producción en formatos de acceso universal.

Avances

Las cartillas dirigidas a personas migrantes pasaron por segunda vez a revisión por la comisión formada por el DEM, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud y el INDH y luego, por el Comité Editorial. Este material se encuentra en proceso de impresión. Las cartillas de observación a las marchas y el derecho a la manifestación están igualmente en proceso de impresión, luego de la revisión y correcciones efectuadas por el comité editorial. La compilación de tratados y convenciones suscritas y ratificadas por el Estado chileno fue diseñada utilizando obras presentadas al concurso Arte y DD.HH. y también están en etapa de impresión. Se reimprimieron "violentómetros"; la declaración universal de DD.HH.; la cartilla de trata de personas y la cartilla destinada a funcionarios de GENCHI, que son las más solicitadas en regiones. Además se terminó de elaborar el sitio de preguntas frecuentes que contempla una descripción breve de las principales consultas que la ciudadanía realiza a la UCOL-INDH. Este sitio, además de estar en nuestra página *web*, estará vinculado en los formularios *web* OIRS- Transparencia y Lobby, con el objeto de que las personas puedan verificar si su inquietud se encuentra respondida por nosotros, y de esa forma no requiere enviar el formulario efectuándola.

PRODUCTO 16	CONTINUIDAD AL SEGUIMIENTO, ANÁLISIS Y APOYO AL DEBATE PARLAMENTARIO EN PROYECTOS DE LEY SOBRE TEMAS DE DERECHOS HUMANOS

Descripción

Continuidad del trabajo de vinculación entre la actividad legislativa y el mandato del INDH, de acuerdo con la priorización del Consejo, mediante la presentación de minutas, participación en discusiones y entrega de antecedentes a legisladores y legisladoras.

Avances

Durante el periodo se continuó el seguimiento presencial a varias iniciativas legales respecto de las cuales se presentaron y expusieron informes previamente aprobados por el Consejo del INDH, o se asistió a sesiones de las Comisiones encargadas de su estudio en particular para hacer valer puntos de vista en torno a la observancia de los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

- Moción que modifica el Código Penal, en lo tocante a la tipificación del delito de tortura.
- Proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia.
- Proyecto de ley que proporciona reparación y asistencia en rehabilitación a víctimas de explosión de minas u otros artefactos explosivos militares abandonados o sin estallar.
- Proyecto de ley que modifica la ley sobre el INDH para establecer la obligación de hacer públicas las opiniones disidentes de los consejeros.
- Proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos.
- Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.
- Proyecto de ley que modifica el Código Sanitario, para regular la eutanasia.
- Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales.
- Proyectos de ley y reforma constitucional que están siendo estudiados en conjunto por la Comisión de Constitución del Senado, que dicen relación con la imprescriptibilidad e inamnistiabilidad de los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio, prescripción de la acción penal y de la pena de los mismos y procedencia de beneficios penitenciarios, mediante sendas modificaciones a disposiciones del Código Penal y la Constitución Política de la República.
- Proyecto de ley que modifica definiciones y procedimientos de la ley que establece medidas contra la discriminación.
- Proyecto de ley que modifica la ley N° 20.609 para incorporar en el concepto de discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que afecte la maternidad o al nacimiento.
- Proyecto de ley que crea un sistema de tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallego.
- Proyecto de ley que reforma el Código de Aguas.
- Proyecto de ley que modifica el Código Sanitario y la Ley 20.000 con el objeto de legalizar el autocultivo de *Cannabis sativa* para el consumo privado y despenalizar su expendio y cultivo para fines medicinales.
- Proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.
- Proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos.
- Proyecto de ley que establece un Sistema de garantías de los derechos de la niñez.
- Proyecto de ley que extiende la bonificación establecida en el decreto ley N° 701, de 1974, acerca del fomento forestal, cuyo texto fue reemplazado por el artículo primero del decreto ley N° 2565, de 1979.

Asimismo, se tuvo participación en las instancias parlamentarias que conocieron en particular sobre los siguientes temas:

- Requerimiento de remoción de la Directora del INDH, Lorena Fries.
- Temas de consulta y participación indígena planteados ante la Comisión de DD.HH. de la Cámara y la Comisión Bilateral sobre el Convenio 169 de la OIT.

PRODUCTO 17	DIFUSIÓN DEL INFORME ANUAL 2014 Y SEGUIMIENTO A RECOMENDACIONES: MESAS DE TRABAJO CON FUNCIONARIOS/AS PÚBLICOS

Descripción

Se convocará a dos mesas de trabajo con funcionarios/as públicas y profesionales técnicos pertenecientes a los servicios clave con los cuales interactúa la Unidad de Estudios para el desarrollo del Informe Anual, a los fines de difundir los contenidos del último Informe Anual, así como presentar los resultados del estudio de seguimiento a las recomendaciones realizadas por el INDH y validar los indicadores del seguimiento.

Avances

De acuerdo con lo planificado, los encuentros con funcionarios/as se realizaron en el salón del Consejo los días 2 y 3 de julio. En total, las dos jornadas reunieron a 34 personas de 15 organismos, que se agruparon en los ámbitos de "Justicia y Violencia" (jueves 2 de julio) y "DESC" (viernes 3 de julio). Al inicio de cada reunión se recapituló las funciones del INDH relativas al seguimiento de la situación nacional de derechos humanos y a la formulación de recomendaciones a los organismos del Estado para su debido resguardo y respeto. A continuación se explicó los objetivos y la metodología de la propuesta de indicadores de seguimiento de las recomendaciones, los que se habían remitido previamente a los asistentes. En seguida se recogieron reacciones generales acerca de la propuesta de seguimiento, para luego centrarse en comentarios de los indicadores, abordando primero los correspondientes a las recomendaciones de orden general (aplicables a todos los organismos públicos) y finalmente los indicadores de las recomendaciones específicas. De acuerdo con lo solicitado, los y las funcionarias presentes fueron haciendo consideraciones respecto de la claridad y pertinencia de los indicadores atingentes a sus organismos, así como de su aplicabilidad a los registros de información disponibles en cada entidad.

PRODUCTO 18	REALIZACIÓN DEL "CONCURSO NACIONAL ARTE Y DERECHOS HUMANOS"

Descripción

Incorporar a la comunidad ciudadana en la labor de promoción y defensa de los derechos humanos, mediante de la expresión artística como mecanismo de construcción de una cultura de derechos humanos. El producto se ha instalado a nivel nacional como un referente de participación ciudadana en la promoción de derechos humanos por medio del arte.

Avances

El Concurso incorpora este año, además del Consejo Nacional de la Cultura y la Artes, al Instituto Nacional de la Juventud, Servicio Nacional de la Discapacidad, Servicio Nacional del Adulto Mayor y al Centro Cultural Gabriela Mistral (GAM). La recepción de trabajos se mantuvo abierta entre el 6 de julio y 7 de septiembre. Este año, debido a la afluencia de trabajos presentados y la existencia de nuevos colaboradores, la premiación se efectuará el 24 de noviembre, en el Aula Magna de la Biblioteca de Santiago, que permite albergar a 180 personas. El jurado ya deliberó y decidió cuáles son los trabajos ganadores. El acto de premiación contará con la presencia del Ministro del CNCA, el director del INJUV, SENAMA y SENADIS; además del Director del Museo de la MMDDHH y el director de Balmaceda Arte Joven.

PRODUCTO 19	CONCURSO "CUENTA TU TESIS EN DERECHOS HUMANOS"

Descripción

Reconocer, difundir e incentivar el desarrollo de investigaciones, este año, de postgrado de las distintas carreras de las universidades acreditadas chilenas y de las escuelas matrices de cuerpos uniformados, en el amplio campo de los derechos humanos, que puedan permear o motivar el futuro desarrollo profesional con una perspectiva de derechos humanos.

Avances

De acuerdo con lo planificado se continúa avanzando en las etapas de desarrollo del concurso, que este año se dirigió a tesis de postgrado. La convocatoria, se abre el 11 de mayo y se cierra el 31 de julio, recibiéndose 17 tesis, de ellass 11 son consideradas admisibles.

Se inicia proceso de revisión y preselección de las tesis recibidas. El 29 de septiembre se constituyó el Comité designado por la Dirección del Instituto para realizar la selección de tesis finalistas, acordando seleccionar cinco trabajos para ser evaluados por el Jurado. Se informó a los finalistas del proceso y se les pidió sus tesis completas y se informó a los participantes no seleccionados el proceso. Se constituyó el Jurado del concurso, con cuatro destacadas académicas y dos Consejeros del INDH, quienes revisarán los trabajos, en lecturas cruzadas, para asegurar un mínimo de cuatro revisiones por tesis. El Jurado completó pautas de evaluación y se puntuaron las tesis ponderando las tres lecturas. La sesión deliberativa fue fijada para el 5 de noviembre.

PRODUCTO 20	EVALUACIÓN DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA A PARTIR DE LA METODOLOGÍA ELABORADA DURANTE 2013 (DETERMINACIÓN DE FACTORES BÁSICOS PARA LA EVALUACIÓN DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN DD.HH.).

Descripción

Elaboración y publicación del Informe de evaluación anual del trabajo legislativo desde el enfoque de derechos humanos.

Avances

Se continúa definiendo las temáticas a incorporar en la publicación que recopilará los principales informes del INDH al Parlamento durante el 2015, para ello se utilizarán como guía directriz las prioridades de la agenda legislativa anunciada por el Poder Ejecutivo.

PRODUCTO 21	SEMINARIO INTERNACIONAL DE DEFENSORÍAS DD.HH. AMÉRICA DEL SUR

Descripción

A cargo de la Comisión de Coordinación conformada por la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires, la Defensoría del Pueblo de Ecuador y el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile, el Seminario contará con la participación de los mecanismos nacionales de derechos humanos existentes en América del Sur, con el mandato de promoción y protección de los derechos humanos en sus respectivos países. Se invitará a organismos regionales de derechos humanos en su calidad de observadores del evento. La finalidad del Seminario será crear y aprobar la estructura básica de funcionamiento del Observatorio de Derechos Humanos de las Defensorías del Pueblo de Sudamérica. El evento finalizará con un documento base que contenga la misión, visión y objetivos estratégicos del Observatorio, la estructura básica y forma de funcionamiento, un plan de trabajo para el periodo 2015-2017 y propuesta de financiamiento.

Avances

El 9 y 10 de julio se realizó el Tercer Encuentro de Defensores de América Latina. Participaron los y las representantes de las instituciones de derechos humanos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Uruguay, Venezuela y Chile y de organismos internacionales (ACNUDH y FIO). En dicho encuentro se acordaron los estatutos que dirigirán el Observatorio de Derechos Humanos de las Defensorías del Pueblo de Sudamérica, instancia de coordinación regional destinada a recolectar, producir, analizar y difundir información en materia de derechos humanos para el abordaje de las problemáticas y las áreas de interés común en los países de la región, con el fin de generar insumos para incidir en las políticas públicas con un enfoque de derechos. Asimismo, se eligió la Presidencia, recayendo el mandato en la Defensoría del Pueblo de Ecuador y la Secretaría Técnica del Observatorio a cargo de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires.

Posteriormente, a contar de septiembre se trabajó en los documentos fundantes del Observatorio de Derechos Humanos de las Defensorías de América del Sur: imagen corporativa, plan estratégico, financiamiento; que serán presentados en la sesión extraordinaria que se realizará en Uruguay en noviembre de 2015.

PRODUCTO 22	SEMINARIO EMPRESAS Y DD.HH.

Descripción

Los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre derechos humanos y empresa son un instrumento desarrollado en el seno de Naciones Unidas como una guía que orienta a los Estados en su labor de protección de los derechos humanos y a las empresas en su deber de respetarlos. Chile ha expresado su compromiso con este instrumento, pues lo reconoce como una importante herramienta que debe tomarse como base fundamental de la responsabilidad social empresarial. En concordancia con el compromiso internacional asumido, y siguiendo las recomendaciones del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Empresas, Chile realizará un Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas con el objeto de implementar los Principios Rectores de Naciones Unidas en Chile. El desarrollo de un Plan Nacional de Acción para la implementación de los Principios Rectores debe necesariamente partir por un diálogo entre todos los actores involucrados en esta relación empresas-derechos humanos. Con el propósito de avanzar hacia una efectiva implementación de las directrices internacionales en materia de empresas y derechos humanos se contempla la organización de un seminario con panelistas de alto nivel y con la participación de representantes gubernamentales, del empresariado y la sociedad civil, con el fin de introducir el conocimiento de los Principios Rectores y reflexionar acerca de la importancia de ellos en el respeto de los derechos humanos y en la prevención de conflictos sociales por parte de las empresas.

Avances

Se han iniciado los contactos preliminares a efectos de determinar invitados internacionales y convocatoria nacional. Se estableció su realización en la segunda semana de enero de 2016. Se suscribió convenio de colaboración con el Instituto Danés de DD.HH. para su colaboración en la iniciativa. Se despacharán las invitaciones a los invitados internacionales.

PRODUCTO 23	INFORME REGIONAL DE LA ARAUCANÍA

Descripción

El informe regional se propone analizar la situación de los derechos humanos en la región, tanto en el ámbito de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales. Este informe pretende ser el primero de una serie que busca contar con informes de este tipo para todas las regiones del país.

Avances

Se ha considerado pertinente que este informe sea desarrollado por profesionales de la sede regional en La Araucanía. Se espera que el informe sea presentado al Consejo antes de fin de año, para su aprobación.

PRODUCTO 24	CUADERNO DE TEMAS EMERGENTES: "TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y DERECHOS HUMANOS"

Descripción

El INDH se propone contribuir al análisis de las características de los tratados de libre comercio firmados por Chile, y su impacto en el ejercicio de derechos humanos. No existen respecto de este tema estudios que analicen el modo en que estos acuerdos incorporan los derechos humanos, ni el impacto eventual que tienen sobre los mismos. A ello busca aportar este estudio, que será externalizado.

Avances

Se ha contratado al profesional que elaborará el estudio a base de los TDR desarrollados, y se está en proceso de desarrollo del estudio, el que será entregado para aprobación antes del cierre de 2015.

PROGRAMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y ACCESO A LA JUSTICIA

PRODUCTO 25	IDENTIFICACIÓN Y REALIZACIÓN DE MISIONES DE OBSERVANCIA EN EVENTUAL SITUACIÓN DE VULNERACIÓN DE DERECHOS

Descripción

Observaciones a distintos lugares del país donde se puedan estar vulnerando derechos humanos. Estas observaciones son realizadas por funcionarios/as de diversas unidades de la Institución. Profesionales de todas las unidades del Instituto asisten y observan el desarrollo de las acciones en situaciones de relevancia pública en materia de derechos humanos, recogiendo los antecedentes necesarios para que el INDH pueda emitir una opinión fundada a su respecto mediante un informe final que contiene las observaciones registradas y su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país. Para el cumplimiento de este mandato, el INDH realizará a lo menos cuatro misiones de observación a distintos lugares del país para recopilar antecedentes relativos a materias de derechos humanos que pudieran estar siendo vulnerados.

Avances

Durante el período se realizan misiones de observación a Copiapó, Chañaral y Tierra Amarilla, se aprueba el informe de la misión de observación Valle del Choapa y La Legua. Asimismo, en septiembre se realizó una misión de observación a Rapa Nui a cargo del consejero Manuel Núñez. Se recibió la solicitud de realizar una misión de observación al Valle del Huasco, la que debe ser sometida a consideración del Consejo.

PRODUCTO 26	PLAN DE SEGUIMIENTO DE CONDICIONES CARCELARIAS Y PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Descripción

El Plan de seguimiento 2015 deberá cubrir durante el primer semestre las 22 unidades penales no cubiertas en el seguimiento del 2014, de modo de publicarse, durante el segundo semestre, un Informe completo de la situación carcelaria en vistas al cumplimiento de las recomendaciones de corto, mediano y largo plazo del Primer informe. Esta segunda mitad del proceso se realizará mediante la licitación de las visitas y redacción de informes. El 2016 se terminaría con las visitas a la totalidad de los penales restantes, con objeto de generar un documento de diagnóstico y recomendaciones de corto, mediano y largo plazo respecto de cada uno y la totalidad de los penales del país. Se realizará seguimiento de recomendaciones en las regiones en las que el INDH tiene abogadas/os regionales con dos visitas al año. Se realizarán visitas en cárceles en caso de denuncias por tortura o malos tratos. Se realizará una incorporación del INDH gradual al trabajo de los Comisión Interinstitucional de Supervisión de Centros (CISC), participando en cinco regiones durante el primer semestre del 2015, en otras cinco en el segundo semestre del mismo año y las restantes cinco durante el 2016.

Avances

En el Plan de seguimiento 2015 actualmente se están realizando las visitas a las 22 unidades penales no cubiertas en el seguimiento del año 2014, las que concluirán en septiembre para luego iniciar la revisión de informes por unidad penal y la elaboración del informe general sobre integridad personal. En cuanto a las visitas por denuncias de vulneraciones de derechos de personas privadas de libertad, hasta la fecha se han realizado más de 80 en distintas regiones del país. Respecto de la incorporación gradual del INDH al trabajo de la Comisión Interinstitucional de Supervisión de Centros (CISC), por determinación de la UNICEF esta tarea ha sido pospuesta para el 2016.

PRODUCTO 27	ACCIONES DE ASESORÍA Y DEFENSA LEGAL EN MATERIA DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Descripción

Se presentarán acciones judiciales en casos en que intervenga judicialmente el INDH, de acuerdo con lo establecido en la Ley del Instituto y en el Protocolo de Función judicial, fundamentalmente en casos de tortura, trata de personas y tráfico de migrantes. Para la planificación del producto para el 2015 se propone elaborar una propuesta de intervención de litigación estratégica de los casos de tortura en que se interviene, coordinando con otros actores (sociedad civil, universidades, etc.) para que asuman las representaciones judiciales en algunos de estos casos. Se propone la intervención por medio de acciones judiciales en aquellas regiones en que el INDH no ha tenido presencia con acciones de protección de derechos.

Avances

Durante el periodo se ha presentado el siguiente número de querellas:

a. cinco por el delito de trata de personas o tráfico de migrantes
b. 16 por el delito de torturas
c. una querella por el delito de lesiones en el caso de Rodrigo Avilés (Valparaíso), y otra en el caso de Nelson Quichillao (El Salvador), por el delito de homicidio.
d. dos por el delito de desaparición forzada de personas (caso José Huenante en Puerto Montt y José Vergara en Iquique).

Durante el Periodo se ha presentado el siguiente número de recursos de amparo constitucional.

a. seis amparos por violencia policial.
b. siete amparos a favor de internos por violencia dentro de las cárceles

Se han presentado cinco amparos del art. 95 del CPP.

Se han presentado dos *amicus curiae*, uno ante el TC en el contexto del control de constitucionalidad Rol N° 2787-15 sobre proyecto de ley que regula la admisión de los estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en los establecimientos que reciben aportes del estado y otro en el Recurso de Protección Rol N° 82.289-2015 de la I. Corte de Santiago, sobre sistemas de vigilancia con globos y cámaras

Se ha presentado una intervención ante el CNTV, a consecuencia de ello se formularon cargos contra MEGA por un espacio del programa "Morandé con Compañía".

PRODUCTO 28	ARTICULACIÓN Y COOPERACIÓN CON ORGANISMOS INTERNACIONALES DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Descripción

Cooperar con las Naciones Unidas, las instituciones regionales y mecanismos naciones de derechos humanos de otros países en promoción y protección de los derechos humanos de acuerdo con el mandato legal. Para el cumplimiento de este producto se participará en cuatro reuniones de organismos de derechos humanos regionales y en cuatro instancias internacionales.

Avances

Chile fue examinado en septiembre por el Comité de Derechos del Niño/a, donde el Informe complementario presentado por el INDH aportó para la realización de un diálogo productivo entre el Estado y el Comité y en las posteriores recomendaciones emitidas por dicho órgano de Naciones Unidas. En el ámbito de cooperación con Naciones Unidas y el sistema regional de derechos humanos se participó en el Encuentro Regional en la ciudad de Buenos Aires, organizado por el ACNUDH sobre "Intercambio regional de buenas prácticas en materia de cumplimiento con las recomendaciones del Examen Periódico Universal de las Naciones Unidas"; en la celebración del Decenio Internacional de los/as Afrodescendientes organizado por el sistema de Naciones Unidas en Chile; en la "Conferencia Internacional: 25 años por los derechos de niños y niñas"; en la Mesa de seguimiento de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y se realizaron reuniones de trabajo con el Relator Especial sobre el Derecho a la Libertad de Reunión y de Asociación Pacífica Sr. Maina Kiai y su equipo de trabajo, como asimismo se cooperó en su visita mediante el apoyo en la obtención de reuniones y entrega de información acerca de la realidad nacional. Asimismo, se realizaron reuniones con Irene Klinger, Directora del Departamento de Relaciones Externas de la Organización de Estados Americanos.

PRODUCTO 29	INFORME ANUAL DE DERECHOS HUMANOS 2015

Descripción

El desarrollo del IA 2015 contempla la contratación de tres o cuatro profesionales para la elaboración de algunos capítulos, así como la licitación de dos estudios. El índice de contenidos será aprobado por la Dirección y el Consejo.

Avances

De acuerdo con lo planificado, se ha elaborado y aprobado el Informe Anual 2015, que contiene el siguiente índice de contenidos:

1. Introducción y metodología
2. Institucionalidad democrática y derechos humanos
   - Corrupción y derechos humanos
   - Institucionalidad democrática y derechos humanos
3. Derechos económicos, sociales y culturales
   - Pobreza y derechos humanos
   - Derecho al trabajo
   - Derecho a educación
4. Derechos civiles y políticos:
   - Función pública y derechos humanos
   - Derecho a la protección a la familia
5. Ejercicio de derechos sin discriminación
   - Prostitución y derechos humanos.
6. Territorios y derechos humanos
   - Derecho a un medio ambiente libre de contaminación
   - Relaciones interculturales y derechos humanos
7. Violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas en el período 1973-1990
8. Recomendaciones generales y particulares.
9. Informe de gestión.

PRODUCTO 30	SEGUNDA ETAPA DEL PLAN DE PREVENCIÓN CONTRA LA TORTURA

Descripción

Durante el 2014 el Instituto Nacional de Derechos Humanos lleva a cabo una tarea de sistematización de las denuncias e investigaciones acerca de tortura, malos tratos o apremios ilegítimos, así como de las sentencias recaídas en estas conductas a nivel nacional. Dicha sistematización de jurisprudencia tiene por objeto la redacción de un documento que analice la forma de término y número de denuncias por año, las contiendas de competencia surgidas en ese contexto, la aplicación de estándares internacionales, y la magnitud de las sanciones impuestas y las medidas reparatorias establecidas en favor de la víctima. Con esta información se focalizarán de mejor forma los subsiguientes esfuerzos de protección y promoción del INDH en la materia. Durante el 2015 se continuará incorporando la nueva jurisprudencia que se origine en la materia y con dichos antecedentes se evaluará la petición de una audiencia temática ante la Comisión Interamericana de DD.HH., en la que se exponga la prevalencia de la tortura en democracia, y se reiteren las críticas a los límites del tipo penal, así como la extensión de los supuestos en que opera la jurisdicción militar. Se evaluará la posibilidad de organizar seminarios con APT y convenios de litigación estratégica de casos paradigmáticos al respecto ante el SIDH.

Avances

Se revisaron los oficios enviados a diversos organismos del Estado solicitando cifras estadísticas. A la fecha, solo se cuenta con respuestas del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública, esta última, deficiente en cuanto a la calidad de los datos. Por lo mismo, se realizó una ronda de reuniones con la Corte Marcial, la Defensoría Penal Pública, y la Corte Suprema, que tuvo por objeto contar acerca del Plan, verificar con qué información cuentan tales organismos y cómo la organizan, de manera de realizar un nuevo envío de oficios en los mismos términos, lo que está en proceso. Además, se gestiona la convocatoria a una primera reunión de una mesa interinstitucional que incluya a las instituciones del Estado en quienes residen las principales obligaciones internacionales sobre la materia, con el objeto de favorecer y promover al mejor cumplimiento de las mismas.

PRODUCTO 31	PROGRAMA DE DERECHOS HUMANOS Y FUNCIÓN POLICIAL

Descripción

Observar la función policial desde la perspectiva de los derechos humanos, elaborando un informe anual en la materia. Además se propone la elaboración de un informe temático sobre actuación policial respecto de personas pertenecientes a la diversidad sexual, así como realizar actividades de formación a los funcionarios/as de la salud respecto del abordaje de casos de tortura, malos tratos y estándares en materia de realización de constatación de lesiones por ser una problemática que se ha constatado en todos los Informes Anuales del programa.

Avances

En abril se realizó un lanzamiento de una publicación junto con ACNUD el lunes en la Escuela de Derecho de la U. de Chile denominada "Lanzamiento Publicación Protesta Social y Derechos Humanos". Se aprobó y remitió a las autoridades competentes el Informe del PROGRAMA DE DERECHOS HUMANOS, FUNCIÓN POLICIAL y ORDEN PÚBLICO correspondiente al 2014. Para el Informe 2015 se realizará un capítulo acerca del control de identidad preventivo por parte de ambas policías por lo contingente del tema.

Se han desarrollado 16 misiones de observación en manifestaciones públicas en el período, realizando misiones de observación en Comisarías cuando ha habido detenidos/as en el contexto de las manifestaciones públicas. Además se han realizado otras nueve misiones de observación en Comisarías cuando ha habido detenidos/as ya sea en marchas a las que no se ha realizado observación o cuando se ha denunciado abuso policial.

Visitas Preventivas a Comisarías: En octubre de 2015 se realiza la primera "visita preventiva" a una Comisaría –en concreto la 50° Comisaría de San Joaquín–, en donde pese a haber sostenido reuniones informativas relativas al asunto con el Dpto. de DD.HH. de Carabineros, no se permite el ingreso de los funcionarios del INDH a dicho recinto frustrando la visita preventiva. Se realizó con Carabineros de Chile la primera sesión de instalación de una mesa de trabajo para abordar diversas temáticas. Dicha mesa tuvo su primera reunión en las dependencias del INDH el 22 de septiembre de 2015. Se está trabajando con la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) el borrador de un texto general de Directrices para la observación de manifestaciones por instituciones de derechos humanos, para desarrollar pautas generales y buenas prácticas de observación y monitoreo de situaciones de protesta social para defensorías del pueblo e instituciones nacionales de derechos humanos en la región.

PRODUCTO 32	INFORMES COMPLEMENTARIOS PARA PRESENTAR A LOS ÓRGANOS Y COMITÉS ESPECIALIZADOS DE NACIONES UNIDAS Y LA OEA

Descripción

Se elaborarán dos informes complementarios y se traducirán al inglés y francés, una vez aprobados por el Consejo.

Avances

En los meses que abarca este informe se ha elaborado y se ha aprobado el informe complementario al Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, y se cuenta con un borrador de informe complementario respecto de la situación de derechos de las personas con discapacidad.

PRODUCTO 33	ESTRATEGIA DEL POSICIONAMIENTO DE LOS *AMICUS CURIAE* Y OTRAS FORMAS DE INCIDENCIA EN LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Descripción

Continuar con la institución del *amicus curiae* como tercero independiente en los diferentes juicios y casos que tengan interés para el INDH, en la medida que abordan materias de derechos humanos. Incidir en la incorporación de estándares de derechos humanos mediante actividades de formación y diálogo interinstitucional con temáticas tales como tortura y condiciones carcelarias, con diversas instancias del Poder Judicial en las regiones donde el INDH tiene presencia por medio de sus abogados/as regionales.

Avances

Se han realizado y realizarán durante el 2015 varias actividades en conjunto con el Poder Judicial con presentaciones del personal del INDH acerca de diversos temas de Derechos Humanos ante Ministros/as de las Cortes de Apelaciones u otros jueces y juezas. En el 2015 estas actividades se realizan en la Región de Tarapacá, Arica y Parinacota, Región de Coquimbo, Región de Valparaíso, Región del Maule y Región del Biobío.

PRODUCTO 34	SISTEMATIZACIÓN DE ARCHIVOS DE LA EXCOLONIA DIGNIDAD

Descripción

El producto responde al cumplimiento del mandato legal de preservación de la memoria. Consiste en sistematizar y analizar la información contenida en los archivos entregados por el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Jorge Zepeda. Requiere contratación de servicios de digitación en plataforma *web* institucional creada al efecto y la contratación de profesional especializado en análisis y sistematización de la información contenida en las fichas, compra de *software*, y equipamiento informático.

Avances

Se ha continuado el trabajo de ingreso de las fichas y archivos de Colonia Dignidad con un grupo de bibliotecarios expertos; quienes además de ingresar las fichas faltantes al sitio *web*, han auditado la totalidad del trabajo efectuado por la empresa Zakin, mejorando las falencias encontradas. Las personas contratadas esperan terminar el trabajo de digitación e ingreso de la información en la plataforma *web* para febrero de 2016.

PRODUCTO 35	ESTUDIO DE INDICADORES SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC): SALUD Y TRABAJO

Descripción

Alianza con organización no gubernamental para estudio indicadores DESC. Evaluación marcha blanca. Informe para dar cuenta de resultados (publicación *online*).

Avances

Se firmó un Convenio Marco de Colaboración con la Fundación Nacional para la Superación de la Pobreza, a los fines de poner en marcha la primera medición de los indicadores. Entre abril y noviembre de 2015 se ha llevado a cabo la etapa de recolección de información, la que se ha centrado principalmente en la preparación y gestión de solicitudes de información pública y datos estadísticos a diversas entidades públicas, así como en la sistematización de los antecedentes recibidos. El informe final está previsto para abril de 2016.

PRODUCTO 36	SEGUNDA ETAPA DEL PLAN DE SEGUIMIENTO A LAS RECOMENDACIONES DE LOS INFORMES ANUALES 2010-2013

Descripción

Se continuará con el estudio de las recomendaciones realizadas por el INDH en el periodo 2010-2013 (validación de indicadores, reformulación de los mismos, coordinación con servicios para la producción de información).

Avances

Informado en el contexto del Producto 17.

PRODUCTO 37	OPTIMIZACIÓN DEL SISTEMA INFORMÁTICO SEGLE (SEGUIMIENTO LEGISLATIVO)

Descripción

Ingresada y sistematizada toda la información y documentación disponible de la actividad legislativa desde la creación del INDH, una cierta precariedad del *software* diseñado al efecto, así como el requerimiento de nuevas funcionalidades y el cambio de sistema informático de la BCN (cooperador en el traspaso de información de la tramitación de proyectos de ley), hacen recomendable migrar a un nuevo *software* que reúne las condiciones necesarias para que el sistema opere abierto a usuarios.

Avances

Se continúa incorporando la información correspondiente al período legislativo 2015.

PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO DE LA MEMORIA HISTÓRICA

PRODUCTO 38	DEPÓSITO, CUSTODIA, PRESERVACIÓN Y DIGITALIZACIÓN DE DOCUMENTOS DE LAS COMISIONES DE VERDAD SOBRE VÍCTIMAS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE LA DICTADURA

Descripción

El producto responde al cumplimiento del mandato legal de registro y preservación de información respecto de víctimas de violaciones a los derechos humanos. Consiste en el registro y preservación de la información relativa a víctimas de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos durante la dictadura cívico-militar. Requiere la mantención de bóveda del Museo de la Memoria, continuidad de la digitalización de Valech I y Valech II, revisión y actualización de *software* disponibles en servidor Valech, contratación de personal para digitalización de documentos, insumos para mejoramiento de condiciones de preservación.

Avances

Durante 2015 se continúa con la digitalización de Valech I, la que a la fecha consta de 228.727 imágenes digitales, que corresponden a 103.441 documentos de 8.325 carpetas, contenidas en 140 cajas. Por otro lado, conforme al dictamen de Contraloría, a requerimiento judicial se continúan digitalizando carpetas correspondientes a Valech II. Algunas de estas peticiones han implicado la dedicación exclusiva de un digitalizador por largos períodos, así como un importante trabajo de edición; como es el caso de la solicitud de la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, quien ofició al INDH pidiendo las carpetas de todas las personas que presentaron antecedentes a la Valech II de la sexta región. Durante el período, el Consejo del INDH ha resuelto entregar la máxima información posible dentro del marco legal, a quienes corresponde un derecho personal acerca de los testimonios y declaraciones aportadas a las comisiones Valech I y Valech II. Esta decisión implica una modificación en la operatoria del equipo de preservación y digitalización; de forma de retirar carpetas personales de quienes soliciten sus antecedentes. Para ello se ha establecido un nuevo protocolo de acción, se ha efectuado una proyección del trabajo y se ha solicitado la contratación de otro técnico. Paralelamente, el equipo de preservación y digitalización asistió a dos talleres y un curso para incorporar las últimas técnicas en preservación de documentos. Se determinó adquirir cajas y papeles y materiales especiales para preservar la documentación encontrada en cada una de las carpetas a las cuales se ha tenido acceso. Igualmente se adquirió un secador especial de papel.

PRODUCTO 39	ARCHIVO DE SENTENCIAS JUDICIALES

Descripción

El objetivo de este producto es poner a disposición de la ciudadanía la información relativa a sentencias ejecutoriadas sobre casos de violaciones a los derechos humanos en Chile entre 1973 – 1990 analizando el grado de cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos por parte de Tribunales, así como casos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos al Estado chileno; y de las sentencias de aquellas causas judicializadas por el INDH. Para ello se requiere contratar a estudiantes de la carrera de Derecho para analizar cada sentencia relativa a violaciones a los derechos humanos ocurridas entre 1973-1990, determinando el grado de cumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos en ellas, así como también el análisis de las sentencias de la CIDH por casos ocurridos en Chile; y de las sentencias por casos judicializados por la Unidad Jurídica y Judicial del INDH, sistematizándola en una plantilla que pueble el sitio *web* desarrollado.

Avances

Se continúa a la espera de que la biblioteca de la Corte Suprema digitalice los expedientes de primera instancia para que se nos otorgue acceso a estos archivos. Se nos informó que por problemas internos aún no se realiza la compra de los robots escáner cotizados, por lo que el trabajo de traspaso de los expedientes de papel a medio digital aún no se concreta. Se contrató una persona para la alimentación del sitio *web* sentencias judiciales, quien ha subido la totalidad de los casos con sentencia CIDH- Estado de Chile y está trabajando en mantener actualizada en este sitio, la jurisprudencia emanada del propio INDH.

PRODUCTO 40	FOMENTO A LA PRODUCCIÓN Y DIFUSIÓN ARTÍSTICO-CULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA MEMORIA

Descripción

Contribuir con la generación de una cultura respetuosa de los derechos humanos y con las garantías de no repetición de vulneraciones de derechos humanos, sensibilizando y concientizando a la población en general que es audiencia de espacios artístico-culturales (festivales de cine, arte y otras expresiones culturales).

Avances

- Integración de los derechos humanos en festivales de cine: entre el 22 y el 27 de septiembre se desarrolla el Fidocs 2015, que cuenta con un foco de derechos humanos con seis documentales de diferentes países que abordaron la temática. Además se realizó una mesa de conversación sobre las posibilidades didácticas de los documentales en la educación en derechos y por primera vez se entregó el premio INDH a Habeas Corpus.
- Proyecto Paine: se consolida la información con la Agrupación de Detenidos Desaparecidos de Paine y Memorial Paine. El trabajo reeditado será sometido a una segunda evaluación del Comité de Publicaciones del instituto previo al ingreso a imprenta.
- Concurso Fotográfico Estudiantil por la "Diversidad y No Discriminación" de la Municipalidad de Santiago, patrocinado por el INDH.
- Se apoya la campaña "Por más educación en derechos humanos", iniciativa que surge desde la sociedad civil corrigiendo contenidos y articulando con instituciones y personas relacionadas con el tema, además de otorgar el patrocinio del INDH.
- Se diseñan e imprimen tres nuevos marca páginas para difundir el sitio *web* Defensores/as de DD.HH., para la nueva categoría de derechos laborales.
- Se otorga patrocinio a la segunda versión del Concurso Fotográfico Estudiantil por la "Diversidad y No Discriminación" de la Municipalidad de Santiago.
- Proyecto Sellos postales sobre derechos humanos en conjunto con Correos de Chile. Se elabora el proyecto y se define fecha de lanzamiento, que se estima en la primera semana de diciembre en las oficinas centrales de correos de Chile en Santiago. Se hizo una selección de artistas y temas. Se avanzó en la elaboración del convenio marco, no obstante, por motivos de financiamiento el proyecto se vio suspendido.

PRODUCTO 41	PLAN INFORMÁTICO ANUAL

Descripción

Permitir al INDH mantener y mejorar su plataforma de tecnologías de información (TI), compra y desarrollo de los productos y servicios necesarios para su expansión a regiones. Servicios de gestión y soporte informático, mantención de infraestructura de TI actual, incluyendo la renovación de licencias de *software*, compra, renovación de equipamiento, mantenimiento y desarrollo de nuevos productos de software que permitan fortalecer las herramientas de control de gestión estratégica y administrativa.

Avances

Se formuló un "Plan Estratégico de las TI para el INDH" en el que se describe la implantación de una infraestructura tecnológica y de sistemas de información a desarrollar en el periodo junio 2015 y mayo 2016 para toda la institución. En mayo y junio finalizaron las mejoras al Sistema Integrado de Atención a la Ciudadanía (SIAC) y Gestión Documental (GEDOC), y se inició el trabajo de los proyectos: *"Sistema Integrado de Información Institucional", "Sistema de Reclutamiento y Selección de Personal del INDH", "Sistema de información de apoyo a la Unidad Jurídica y Judicial", "Accesibilidad del Sitio Web del INDH para personas con discapacidad"*. El INDH conformó un "Comité de Procesos" que comenzó a desarrollar una propuesta de "mapa de procesos" para todas las Unidades. En esta misma línea se realizó la adquisición y habilitación de equipamiento (*hardware* y *software*) orientado a establecer en el INDH una "arquitectura institucional" robusta y de vanguardia, reemplazando el equipamiento obsoleto y de menor capacidad. Sistemas de información en desarrollo: *"Sistema Integrado de Información Institucional", "Sistema de Reclutamiento y Selección de Personal del INDH", "Sistema de información de apoyo a la Unidad Jurídica y Judicial"*, para los cuales se espera la entrega de los primeros prototipos, a fines del presente año. Respecto de la Accesibilidad del Sitio Web del INDH para personas con discapacidad, SENADIS acogió el requerimiento del INDH y envió un "Informe de diagnóstico de Accesibilidad Web", el que permitirá realizar mejoras y ajustes que permitan lograr el nivel recomendado por la *Web Accessibility Initiative*.

PRODUCTO 42	FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO CONSULTIVO NACIONAL (CCN)

Descripción

Asegurar el efectivo funcionamiento de un órgano del INDH con el mandato de asesorar al Consejo del INDH en todas aquellas materias que se requieran. Para el cumplimiento de este objetivo se realizaran a lo menos dos sesiones de trabajo durante el año, que involucra el pago de traslados y gastos de alojamiento para aquellas personas que viven fuera de la Región Metropolitana como asimismo el traslado de sus miembros para actividades institucionales del INDH.

Avances

El Consejo, en sesión 262 de 27 de julio de 2015, aprobó la renovación del Consejo Consultivo eligiéndose a los/as 8 integrantes pertenecientes a organismos sociales y académicos vinculados a la promoción y defensa de derechos humanos y libertades fundamentales. En los meses de septiembre y octubre se recibieron las confirmaciones de que aceptaban conformar el Consejo Consultivo, las ocho personas propuestas por el Consejo y se fijó la reunión constitutiva del Consejo Consultivo Nacional para noviembre de 2015.

PRODUCTO 43	AUDITORÍA FINANCIERA EXTERNA ANUAL

Descripción

Obtener una opinión profesional e independiente, por medio de una empresa con experiencia en ámbito de auditoría y control del uso de recursos públicos, respecto de la situación financiera y contable del INDH, a base de la verificación del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias aplicadas a la gestión institucional de acuerdo con el estricto apego a la normativa vigente en lo relativo al uso de recursos públicos asignados en la Ley de Presupuesto, para cuyo fortalecimiento el Consejo del INDH, en el Reglamento Orgánico de Estructura y Funcionamiento, dispuso la realización de auditorías externas, cuyo objetivo es realizar un examen de los registros, comprobantes, documentos y otras evidencias que sustentan los estados financieros del Instituto por medio de profesionales externos e independientes que se pronunciarán respecto de la razonabilidad con que se presentan los resultados de las operaciones, la situación financiera, los cambios operados en ella y en el patrimonio con el objeto de determinar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias y para formular comentarios, conclusiones y recomendaciones tendientes a mejorar los procedimientos relativos a la gestión financiera y al control interno.

Avances

En mayo finalizó la auditoría externa realizada por la empresa Chileconsult + Audimek, la que indicó que el estado de ejecución presupuestaria presenta, razonablemente en todos sus aspectos significativos, los ingresos recibidos y gastos ejecutados por el año terminado el 31 de diciembre de 2014. En agosto del presente año, a solicitud de la Directora del INDH, se inició el proceso de fiscalización financiera a cargo de un Equipo Fiscalizador de la Contraloría General de la República al periodo comprendido entre 2014 y 2015. La fiscalización culminó en septiembre de 2015, con la emisión de un Preinforme de Auditoría emitido por el órgano contralor, el que fue respondido por el INDH el 26 de octubre de 2015.

PRODUCTO 44	PLAN DE CAPACITACIÓN A FUNCIONARIOS Y FUNCIONARIAS

Descripción

El Plan Integral de Capacitación tiene como objetivo "Fortalecer capacidades y competencias, que faciliten y promuevan la adquisición de conocimientos y habilidades para que los funcionarios puedan cumplir sus funciones de manera eficiente y eficaz. Las actividades de capacitación deben desarrollarse basadas en el programa de evaluación de competencias. Este programa, se encuentra en proceso de marcha blanca durante el 2014 y debe terminar su implementación durante el 2015. El enfoque consta de cuatro lineamientos principales: 1) Programas de capacitación de interés institucional, 2) Programas de formación continua, 3) Programas para la calidad de vida funcionaria y 4) Programas especiales de capacitación. La programación considera la inclusión de al menos 80% de los funcionarios del INDH. Incluye programas de introducción a temas relevantes de derechos humanos, promoción y estudios en derecho internacional, entre otros. Considera también programas de desarrollo de habilidades informáticas y herramientas administrativas.

Avances

Las actividades de capacitación institucional se han orientado principalmente en los programas "Capacitación de Interés Institucional" y "Formación Continua", las que han incluido 13 jornadas, talleres y cursos de capacitación (nueve en Santiago, y cuatro en Sedes Regionales), las que han significado un gasto efectivo del 70% del presupuesto institucional. En términos cuantitativos, a las actividades han asistido 46 funcionarios/as (55% del total institucional), con un registro acumulado de 101 asistencias, sumando 379 horas/asistente. los programas "Capacitación de Interés Institucional" y "Formación Continua". Entre los temas abordados se cuentan "Sistema Gestor de Documentos", "Atención Ciudadana y Sistemas de Información", "Género y Derechos Humanos", "Beneficios Valech", "Intervención y Atención en Crisis y Autocuidado", "Conceptos Básicos de DD.HH.", y "Preservación para Archivos y Bibliotecas", entre otros.

PRODUCTO 45	EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS WEB A VPS

Descripción

La contratación de un servidor virtual privado (VPS) garantiza el acceso, permanente y con altos estándares de seguridad informática, de la ciudadanía a la información contenida en los servicios *web* institucionales. El producto responde a la obligación institucional de disponer en forma permanente de toda la información contenida en sus servicios *web* (servidores, sitios *web*, Biblioteca Digital), atendiendo al carácter público de dicha información.

Avances

Se está implementando en conjunto con otras reformas informáticas institucionales descritas en el Plan Informático.

PRODUCTO 46	COMUNICACIÓN INTERNA

Descripción

Desarrollo de un plan de comunicación interna del INDH, en el que se inserta el desarrollo de una intranet institucional que incluye un gestor de documentos en línea para consejeros/as, jefes/as de unidad y funcionarios/as, boletín institucional en línea, agenda, solicitud de permisos, compras y contrataciones, gestor de oficina de partes, biblioteca digital, entre otros. Mejoramiento de los procesos de comunicación interna para propiciar el acceso a todos/as los/as consejeros/as, funcionarios/as y jefes/as de oficinas regionales y de unidad a la información institucional y para favorecer flujos de trabajo expeditos y funcionales al interior del INDH.

Avances

Con motivo de la instalación regional de INDH y de las necesidades institucionales surgidas en el transcurso de 2015, el Consejo aprobó la creación de una Unidad de Comunicaciones, por medio de la cual se canalizará el desarrollo del presente producto en 2016.

PRODUCTO 47	PROGRAMA COORDINACIÓN REGIONAL

Descripción

Coordinar la acción institucional de los equipos regionales, tanto de Sedes como de los Abogados Regionales con el nivel central.

Avances

En el inicio del período se realizaron dos jornadas de trabajo con los/as Abogados/as Regionales. En dichas reuniones trataron temas propios de su función con la Unidad Jurídica Judicial y sobre el estado de avance de la instalación de las Sedes Regionales. El 30 de abril se realizó una primera reunión de inducción y coordinación con los nuevos Jefes Regionales de Valparaíso y Los Lagos. En el período inicial, estos nuevos Jefes Regionales han participado en reuniones del Comité Técnico Directivo de la institución. Posteriormente se han desarrollado reuniones virtuales con los/as 4 Jefes/as de Sede Regional ya instalados/as, al incorporarse la Jefatura de la Sede Regional de Antofagasta y el Jefe Regional de La Araucanía. El día 30 de abril se realizó la segunda jornada presencial, esta vez con 5 de las 6 jefaturas regionales nombradas en 2015, en la que se trataron temáticas de análisis político estratégico y apoyo estratégico operativo, con participación de todas las Unidades funcionales de la institución.

PRODUCTO 48	DESARROLLO DE SISTEMA INTEGRAL DE INFORMACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Descripción

Desarrollo de un sistema que integre Estadísticas de información de DD.HH. unificadas de diferentes fuentes internas y externas. Realización de Taller de Presentación y utilización del sistema.

Avances

Durante el periodo las actividades desarrolladas están relacionadas con la identificación de fuentes de información internas y externas y la selección de estas para incorporarlas en una primera instancia al sistema, lo que ha derivado en la revisión de tipos de información generada por las Unidades INDH, selección de temáticas para incorporar al sistema de acuerdo con la estructura y formatos de la información almacenada, recopilación y almacenamiento de archivos y bases de datos y ordenamiento de planillas incorporando formatos estándares y realizando completitud de campos de información. Además, se han revisado los sistemas GEDOC y SIAC incorporándose diversos listados de clasificaciones de información para la posterior generación de reportes de cada sistema. En forma paralela, se ha avanzado con la estructura de diseño de sistema, apuntando a dar formato a la visualización de la información.

PRODUCTO 49	PROCESOS DE SELECCIÓN

Descripción

Lograr reclutamiento y selección del personal que ingresa a la institución, externalizando parte de los procesos. Gastos en publicación de llamados a concursos en diarios de circulación nacional y regional, según corresponda. También incluye gastos de Evaluación Curricular y de Evaluación Psicolaboral.

Avances

A fin de potenciar el cumplimiento de los objetivos institucionales, y en el marco de la expansión de la dotación del personal del INDH, desde inicios del 2015 se han gestionado 23 procesos públicos de Reclutamiento y Selección, tanto para cargos a nivel central como a nivel regional. Estos procesos corresponden a cargos de todas las Unidades y Sedes Regionales del INDH. Se realizó una segunda selección de los cargos profesionales para la Sede Regional de Antofagasta, debido a que los primeros se declararon desiertos por no encontrar postulantes que se adecuaran al perfil requerido. De igual modo, se declaró desierto el proceso de Profesional Abogado/a Regional para la región de Magallanes y la Antártica Chilena. Un proceso completo consta de 7 etapas, de las cuales la mayoría se gestiona en forma interna, siendo únicamente externalizada la etapa de Evaluación Psicolaboral y de Competencias. Asimismo, durante todo el 2015 se han llevado a cabo los procesos de selección directa del equipo administrativo de las Sedes Regionales, para los cargos de Asistente Administrativa Regional y Chofer Auxiliar Regional.

INSTALACIÓN DE LAS SEDES REGIONALES

Al 31 de agosto de 2015 se encontraban habilitadas las Sedes regionales de:

- Región de Valparaíso: Blanco 1131, oficina 53,
- Región de Los Lagos: Av. Juan Soler Manfredinni 41, oficina 1302,
- Región de La Araucanía: Antonio Varas 989, oficina 501,
- Región de Antofagasta: 14 de Febrero 2065, oficina 1401.

El proceso se ha coordinado desde el nivel central para el arriendo, obras menores, contrataciones de servicio, entre otros. Las Oficinas se encuentran ubicadas en lugares estratégicos, cercano a juzgados, edificios públicos, entre otros, facilitando el acceso al público. Cada una de estas oficinas cuenta con: Sala de reuniones, 2 baños (uno habilitado para personas con discapacidad y mudador), 3 privados para un máximo de 5 profesionales, recepción, sala de espera, mini cocina, sala informática, oficinas climatizadas, con control de acceso en edificios las 24 horas, se considera estacionamiento para la camioneta institucional.

A contar de diciembre de 2015 se encontrarán habilitadas las dos últimas sedes regionales del año:

- Región del Biobío: Chacabuco 1085, oficina 401,
- Región de Arica y Parinacota: Arturo Prat 391, oficina 106.

Instalación y actividades desarrolladas en sedes regionales:

SEDE REGIONAL ANTOFAGASTA

Avances

La Jefatura Regional asumió el 24 de agosto de 2015.

El resto del equipo lo hizo en las siguientes fechas: Asistente Administrativa: 10 de agosto 2015, Chofer Auxiliar: 1 de septiembre de 2015, Abogado de Sede Regional y Profesional de las Ciencias Sociales: en una primera instancia se declararon desiertos ambos procesos de selección, luego de lo cual se llamó a nueva selección. Ambos profesionales iniciarán sus funciones el 23 de noviembre de 2015.

Las principales actividades realizadas en el período han sido:

- **Promoción:** La sede regional se ha sostenido reuniones con la mayoría de las autoridades de la región y las organizaciones de la sociedad civil, para dar a conocer la nueva sede y las funciones y trabajo del INDH. Se han contactado a todas las autoridades regionales, materializándose audiencias y reuniones con diversas instituciones tales como: Defensora Regional Pública, SENADIS, Intendencia Regional de Antofagasta, Coordinadora de SENAMA, Seremis de Educación y Justicia, Corporación Asistencia Judicial Norte, CONADI, Jefe II Zona Carabineros, SERNAM, entre otras. Con organizaciones de la sociedad civil: Agrupación de familiares y ejecutados políticos Antofagasta, Fundación para la Superación de la Pobreza, FASIC, Corporación Migra-acción, FRACTAL, Servicio Jesuita Migrante, Agrupación de detenidos desaparecidos, Agrupación Providencia, Este polvo te mata, AGEVIDA, Brigada de DD.HH., Comité de ex presos políticos, y Centro atención psicológica migrantes UCN.
- **Protección:** Actualmente la región mantiene en tramitación dos querellas por los delitos de tortura. Asimismo, se formalizó a dos carabineros en servicio activo por este delito en contra de un niño de 17 años. En materia administrativa, se solicitó a la autoridad comunal vía oficio remitir antecedentes relativos a las solicitudes de desalojo de las personas que habitan en los campamentos y la solicitud a la Presidenta de la República para materializar y acelerar la expulsiones de extranjeros en la región.
- **Educación:** Se sostuvo reunión con el rector de la UCN, Jorge Tabilo, para analizar la posibilidad de desarrollar actividades en materia de promoción y educación de derechos humanos para el primer semestre de 2016. En dicha reunión también se conversó la posibilidad de celebrar un convenio de cooperación y ver la eventualidad de incorporar al INDH, alumnos en práctica de distintas carreras afines. Asistencia al Taller de Salud migrante el 26 de agosto. Invitación a participar como relatores sobre Derechos Humanos el 11 de septiembre para el Taller de Salud y pueblos indígenas.
- **Colaboración y Atención Ciudadana:** A la fecha de cierre de este informe la sede regional aún no ha iniciado la atención de público. Las consultas ingresadas por sistema SIAC u otra vía son resueltas desde nivel central hasta que el equipo regional sea capacitado en atención de público y víctimas. Sin perjuicio de lo anterior, la sede ha ingresado cuatro consultas al sistema institucional relativas al caso de mujer asesinada en Antofagasta y que la familia solicita reapertura del caso, ya que los informes del SML no coinciden; Caso de dirigente de campamento; Denuncia de Migra-acción respecto de la vulneración de derechos de una ciudadana peruana y su hijo. Se ofició urgente a la intendencia y al DEM; y denuncia realizada por la Cónsul de Colombia respecto de dos ciudadanos de ese país que se encuentran privados de libertad y habrían sufrido golpes y tortura por parte de GENCHI.
- **Otros:**

  Participación en el Seminario de Derechos Humanos y Acceso a la Salud de Pueblos Indígenas, para funcionarios de Salud donde se señaló el rol del INDH, se explicó que son los DD.HH. y el rol de estos. Se trabajó con una encuesta de conocimientos y materiales aportados por la sede regional a los profesionales de salud APS.
- Observación para la manifestación y marcha ciudadana #ESTEPOLVOTEMATA (Derechos medioambientales).
- Trabajo con la Mesa Intercultural de Antofagasta para la elaboración de un proyecto de formación y desarrollo de organizaciones de migrantes de la región.

SEDE REGIONAL VALPARAÍSO

Avances

La Jefatura Regional asumió el 30 de abril de 2015.

El resto del equipo lo hizo en las siguientes fechas: Asistente Administrativa: 25 de mayo de 2015, Chofer Auxiliar: 1 de agosto de 2015, Profesional de las Ciencias Sociales: 3 de agosto de 2015, Abogado/a de Sede Regional: 4 de mayo 2015.

Las principales actividades realizadas en el período han sido:

Promoción:

- Reuniones con Rectores de Universidades de Playa Ancha (UPLA) y de Valparaíso (UV).
- Desarrollo de base de datos de medios de comunicación e instituciones.
- Participación en Mesas y Redes (Red de Educación Superior Inclusiva-RESI; Mesa de Cultura, Memoria y Derechos Humanos; y Mesa de Derechos Humanos).
- Reuniones con Sociedad Civil: ONG Pacto Paraíso, ONG EducaSentir, Colectivo de Ex Presos Políticos, Esquina Nómada, Corporación de Desarrollo Humano ONG COTRA, Agrupación Líderes con Mil Capacidades, Colectivo 19 de Noviembre, Comisión Ética Contra la Tortura, Comisión Chilena de Derechos Humanos de Valparaíso, Marineros Antigolpistas de 1973, Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos de Valparaíso, Grupo Interdisciplinario de Género- Red chilena contra la violencia doméstica y sexual, Corporación Nuevos Horizontes y Comisión de Derechos Humanos del Colegio Médico de Valparaíso.

  Protección: Seguimiento de condiciones carcelarias: 20 visitas a cárceles. Asesoría y defensa legal ante violaciones de derechos humanos: dos querellas (lesiones graves y tortura), más un amparo por hechos del 18 de septiembre en CP Valparaíso; Derechos humanos y función policial: Monitoreo de manifestaciones y observación de comisarías en nueve ocasiones; Posicionamiento ante el Poder Judicial: Organización de una presentación del INDH a la Corte de Apelaciones, más organización de una charla impartida por la UJJ; Coordinación interinstitucional: Formación de una Mesa de Trabajo Interinstitucional en materia penitenciaria.

  Educación: Con UPLA, articulación de cursos optativos y oferta de postgrado; con UV, articulación de cursos optativos y oferta de postgrado, y relacionamiento con Centros de Estudios Gerópolis y Núcleo de Estudio de Género; Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (PUCV), reconocimiento regional de derechos humanos; con Universidad de Viña del Mar (UVM), análisis curricular de las carreras de Trabajo Social, Psicología, Sociología y Derecho, avances para firma de convenio marco y creación de observatorio de derechos humanos; Charlas y propuestas de capacitación a instituciones del Estado: Prefectura de Carabineros de Valparaíso; Dirección Regional de Gendarmería de Chile y CDP de Limache; Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso (CAJVAL); municipios y organizaciones adjudicatarias del Fondo Nacional de Proyectos Inclusivos (FONAPI); Organizaciones de la Sociedad Civil: Charlas-talleres en el marco del "Programa 1000 Científicos 1000 Aulas", en Semana de la Ciencia y la Tecnología de Explora CONICYT; Laboratorio de Derechos Humanos con ONG EducaSentir, en Liceo Coeducacional La Igualdad; Presentaciones en seminarios y foros: "II Ciclo de Encuentros sobre Protección y Defensa de los Derechos Ciudadanos", Universidad de Las Américas. Comentario del estudio "Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica" (CESC, Universidad de Chile-PNUD).

  Estudios: Recolección de datos y estudio de informes de la Región de Valparaíso. Análisis de datos bivariados sobre realidad regional de la III Encuesta Nacional de Derechos Humanos. Formación de equipos multidisciplinarios para el levantamiento de centros y cátedras de Derechos Humanos, con la UPLA y UV.

  Colaboración y Atención Ciudadana: Atención de Público: Determinación de procedimientos y horarios, y capacitación en sistemas GEDOC y SIAC. Atención de denuncias directas o derivadas por la UCOL.

  Extensión: Coorganización del Seminario "Reincidencia y Políticas de Reinserción Social", con SEREMI de Justicia y UV. Propuesta de seminario anual de Derechos Humanos con UV.

- **Otros:** Monitoreo y acompañamiento huelga de hambre de expresos políticos, en Consejo de la Cultura y Partido Socialista de Valparaíso. Posicionamiento de la Sede Regional Valparaíso mediante reuniones protocolares y de trabajo con instituciones públicas: Prefectura de Carabineros y Jefatura V Zona de Valparaíso, Presidencia de Corte de Apelaciones, Dirección Regional de Gendarmería de Chile, Defensoría Regional, Fiscalía Regional, Gobernador Provincial, Director Regional del Servicio Médico Legal, Corporación de Asistencia Judicial (CAJVAL), Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, Hospital Carlos Van Buren, Instituto Nacional de la Juventud, Servicio Nacional de la Mujer, Seremi de Trabajo y Previsión Social, Director del Parque Cultural de Valparaíso, Museo Histórico y Arqueológico de Quillota, Dirección Provincial de Educación de Valparaíso y Directora Regional de Senadis.

SEDE REGIONAL LA ARAUCANÍA

Avances

La Jefatura Regional asumió el 19 de agosto de 2015.

El resto del equipo lo hizo en las siguientes fechas: Asistente Administrativa: 10 de agosto 2015, Chofer Auxiliar: 1 de septiembre de 2015. El abogado ya se encontraba en funciones con anterioridad a la apertura de la oficina; profesional de Ciencias Sociales: septiembre 2015.

Las principales actividades realizadas en el período han sido:

- **Protección:** En agosto el Jefe de la sede Regional viaja a la ciudad de Puerto Montt para realizar la "Misión Observación Décima Región de los Lagos". Visita a la comunidad San Juan de la Costa, se entrevista con comunidades del sector: Comunidad Maicolpi, Newenche, Comunidad Melillanca Guanqui, Comunidad ÑukeMapu, Comunidad ÑukeMapu, Comunidad Putrucohue Sector Amopilmo, Asociación Mapuche Lafkelmapu.
- **Colaboración y Atención Ciudadana:** En agosto de 2015 se realiza traslado y asistencia a víctima de querella INDH RUC 1401070029-K, SML ANGOL. El 27 de agosto de 2015 se asiste a la Inauguración Oficial Defensoría Penal en ciudad de Nueva Imperial. El 27 de agosto de 2015 se realiza entrevista con Sr. Cristián Huichiqueo Buenopitray en contexto recurso de amparo contra Carabineros. Ciudad de Loncoche. El 29 y 30 de agosto de 2015 se viaja a la ciudad de Concepción, alegando Recurso de Amparo, Rol 132-2015 en la Corte de Apelaciones en la ciudad de Concepción.

Otros:

- Se coordina y asiste a evaluadores externos, "Evaluaciones Psicolaborales" para el cargo de Profesional de las Ciencias Sociales a realizarse en la Sede Regional de la Región de La Araucanía.
- Se elabora un Directorio Institucional con contactos relevantes en la Región de La Araucanía, conforme ha sido solicitado por UAF- Informática, enviado a Santiago según formato requerido.

SEDE REGIONAL LOS LAGOS

Avances

La Jefatura Regional asumió el 21 de abril de 2015.

El resto del equipo lo hizo en las siguientes fechas: Asistente Administrativa: 25 de mayo de 2015, Chofer Auxiliar: 1 de junio de 2015, Profesional de las Ciencias Sociales: 21 de julio de 2015, Abogado/a de Sede Regional, asume la Abogada Regional dependiente de la Unidad Jurídica y Judicial.

Durante el periodo se ha desarrollado un amplio trabajo en distintos ámbitos de la misión institucional, realizando esfuerzos por cubrir el territorio regional, en sus cuatro provincias. Adicionalmente durante el periodo se ha intensificado el trabajo con Unidades Penales, Fiscalía, Defensoría Penal Pública y otras organizaciones en la Región de Los Ríos.

Las principales actividades realizadas en el período han sido:

Educación y Promoción:

- Participación en Mesa contra la violencia hacia la Mujer de Puerto Montt y Puerto Varas; sensibilización en DD.HH. con Funcionarios/as de Carabineros de Chile de la provincia de Chiloé, Participación en Seminario Protesta Social y DD.HH. en Osorno; Trabajo con equipo académico de CEDER-Universidad de los Lagos, y con Área comunitaria de la Escuela de Psicología U. Austral; Participación en clase de DD.HH. de la Escuela de Formación Policial de Carabineros en Ancud y Puerto Montt; Sensibilización de funcionarios/as de Carabineros de Chile de la provincia de Chiloé, logrando desarrollar en el periodo tres reuniones con más de 70 funcionarios/as de Carabineros, oficiales, suboficiales y carabineros en servicio activo, actividad que contó con el apoyo de la Prefectura de Chiloé; Se realizó una Clase de Derechos Humanos para el Grupo de Formación de Ancud de la Escuela de Formación de Carabineros, donde asistieron más de 120 carabineros alumnos.
- Participación en Mesa de Aborto (tres causales) en sector Mirasol organizado por Sernam; Sensibilización en Gendarmería, C.P. Osorno en temática de Igualdad y No Discriminación; Participación en Estudio de prefactibilidad en relación con la Licitación de Museo de la Memoria realizada por Dirección de arquitectura de MOP y Seremi de Bienes Nacionales, dirigida a los consultores que participan en el proceso. Sensibilización con Dirigentes de Campamentos de la ciudad de Osorno en colaboración con Techo Chile.
- Participación en Seminario de Intercambio de saberes y prácticas políticas mapuches en la ciudad de Puerto Montt. También organizada por SERNAM, se participó en Capacitación en Violencia Sexual y derechos Humanos, ocasión en la que se pudo trabajar temáticas de Derechos Humanos, Rol del INDH, y Litigio Estratégico en Genero y Derechos Humanos con equipos psicosociales y jurídicos de toda la región como con los abogados regionales de SERNAM desde Puerto Montt al sur; Seminario de Gendarmería de Chile respecto de su rol de Garante del Estado organizado por Dirección Regional; Participación en Conversatorio de Construcción de Identidad y DD.HH. para alumnos de Universidad Santo Tomás en Puerto Montt organizado por Mogaleth; Conversatorio de Aborto (tres causales) en comuna de Frutillar organizado por Sernam.

Colaboración y Atención Ciudadana: Envío de antecedentes para inscripción en Registro de Organizaciones de la Sociedad Civil de CEADA; Participación en Actividad conmemorativa en memoria a las víctimas del 11 de Septiembre; Participación en Acto conmemorativo del día del Ejecutado político con equipo PRAIS; Visitas frecuentes a cárceles de Valdivia, Osorno y Chiloé para verificar situación de internos/as; Atención de personas, víctimas de violaciones graves y sistemáticas del pasado ante problemas con sus procesos de certificaciones de beneficios o su situación de calificación legal; Reuniones mensuales con la Defensoría Penal Pública de Los Ríos.

Otros: Inauguración de la Sede Regional, con la presencia de autoridades regionales, entre ellos Intendente Regional, general X Zona Policial; Seremis de Gobierno de Justicia y Salud, Fiscal Regional (S), además de organizaciones de la sociedad civil, entre ellas Agrupaciones de Derechos Humanos, Lonkos y Werkenes de comunidades Mapuche, organizaciones de personas con discapacidad y de diversidad sexual; Presentación de querella caso José Huenante por desaparición forzada contra todos quienes resulten responsables; Desarrollo de Misión de Observación en sector San Juan de la Costa; Participación en jornada de Derechos Sexuales y Reproductivos con agrupación de Mujeres Lafquenches de San Juan de la Costa; Coordinación con CAJ, Defensoría Penal Pública, Defensoría del Pueblo, Universidad San Sebastián para derivación de casos y gestión de convenios de colaboración; Reuniones de coordinación con Alto Mando de Carabineros y Gendarmería de Chile regionales respecto de casos y situaciones de vulneración de derechos y rol de INDH; Participación en mesa sector Justicia Los Ríos.

EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA SEGUNDO CUATRIMESTRE[1]

Durante este segundo cuatrimestre el gasto se ha mantenido alrededor de los seiscientos millones de pesos, llevando a la fecha 65,20% de ejecución.

	PRESUPUESTO	EJECUCIÓN	PORCENTAJE
TOTAL DE GASTOS	**3.857.965.835**	**2.515.224.157**	**65,20**
GASTOS EN PERSONAL	**2.333.626.000**	**1.713.313.496**	**73,42**
Remuneración C. del T.	2.068.449.297	1.547.703.445	74,8
Comisiones de servicio	48.828.339	45.531.869	93,2
Honorarios a Suma Alzada	141.348.364	65.836.554	46,6
Dietas de Consejeros	75.000.000	54.241.628	72,32
BIENES Y SERVICIOS DE CONSUMO	**1.049.118.000**	**508.032.715**	**48,42**
Gastos para funcionamiento	663.715.707	351.965.353	53,0
Publicidad y Difusión	104.800.000	39.118.284	37,3
Servicios Técnicos y Profesionales	280.602.293	116.949.078	41,7
TRANSFERENCIAS CORRIENTES	**138.123.000**	**5.500.000**	**3,98**
Universidades Privadas	73.123.000	0	0,0
Fomento a la Producción cultura en DD.HH.	37.000.000	2.000.000	5,4
Universidades Públicas	28.000.000	3.500.000	12,5
ADQUISICION DE ACTIVOS NO FINANCIEROS	**302.770.000**	**254.049.111**	**83,91**
Vehículo	90.000.000	31.756.178	35,3
Mobiliario y Otros	73.199.000	87.642.590	119,7
Máquinas y Equipos	16.740.000	15.830.559	94,6
Equipos Informáticos	86.431.000	109.677.608	126,9
Programas Informáticos	36.400.000	9.142.176	25,1
SALDO INICIAL DE CAJA	**34.328.835**	**34.328.835**	**100,00**

1 Actualmente la institución se encuentra migrando la plataforma de gestión financiera desde el sistema SIGFE a la nueva versión SIGFE 2.0, razón por la que la ejecución presupuestaria al cierre de agosto de 2015 considera únicamente gastos devengados y pagados, lo que incide en un porcentaje menor al real.

USO DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS

Respecto de las adquisiciones de bienes y servicios estas se han realizado en su totalidad mediante el sistema de compras públicas, utilizando las licitaciones públicas estatales e institucionales como el mecanismo normal de adquisición con 65,37% de los gastos por esta vía, lo que implica el 86,35% del total de las operaciones. Así también, como lo considera la ley de compras para los gastos específicos hemos utilizado la modalidad de tratos directos para 45 operaciones de las 447 y que en su totalidad representa al 12,60% del monto gastado y el 9,62% del total de las operaciones.

TIPO DE COMPRA	MONTO EN $ ACUMULADO DICIEMBRE	PORCENTAJE MONTO	NÚMERO DE OPERACIONES	PORCENTAJE OPERACIONES
Convenio Marco	405.978.596	65,37	386	86,35
Licitaciones Públicas	124.296.008	20,01	12	2,68
Licitaciones Privadas	3.000.000	0,48	1	0,22
Convenios	6.268.165	1,01	3	0,67
Trato directo gasto de representación	3.254.880	0,52	2	0,45
Trato directo costo de evaluación menos 100 UTM.	58.778.819	9,46	38	8,50
Trato directo proveedor único	310.320	0,05	1	0,22
Trato directo reposición o complemento de equipamiento o servicios	19.130.716	3,08	4	0,89
Subtotal	**621.017.504**	**100,00**	**447**	**100,00**
Universidades Públicas	3.500.000		1	
Fomento a la Producción Cultura en DD.HH.	2.000.000		1	
Contratos	77.857.271		9	
Gastos menores	36.030.369		77	
Gastos básicos y arriendos	20.971.364		46	
Reembolso pasajes y permisos de circulación	6.205.318		85	
Gasto en personal	1.713.313.496		0	
Desahucios e indemnizaciones	0		0	
Servicio de la deuda	34.328.835		0	
Total gasto INDH	**2.515.224.157**		**666**	

DONACIONES Y APORTES DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Hasta el momento el INDH no ha recibido ninguna donación, herencia o legado. El presente año tampoco ha recibido fondos de parte de organismos internacionales.

AGRADECIMIENTOS

El INDH quiere agradecer a aquellas personas y organizaciones que han contribuido a la elaboración de este informe:

Fundación Margen,

Sindicato Afrodita de Valparaíso,

Movimiento por la diversidad sexual (MUMS),

Fundación para la Superación de la Pobreza,

Fundación Gente de la Calle,

Asociación Chilena de Organismos No Gubernamentales (ACCIÓN),

Londres 38 Espacio de Memorias,

Corporación Estadio Nacional Memoria Nacional Ex Prisioneros Políticos,

Asociación por la Memoria y los Derechos Humanos Colonia Dignidad,

ONG Comunidad y Justicia,

Fundación Ford,

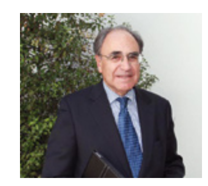
Consejo Nacional del Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público,

Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF).

CONSEJO INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS



Lorena Fries Monleón
Directora Instituto Nacional de Derechos Humanos

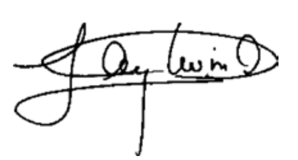


Miguel Luis Amunátegui Monckeberg



Carlos Frontaura Rivera



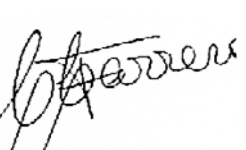


José Aylwin Oyarzún



Roberto Garretón Merino





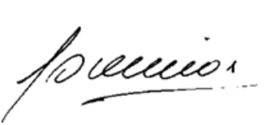
Carolina Carrera Ferrer





Claudio González Urbina



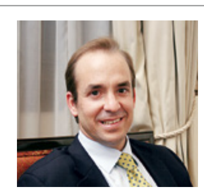


Consuelo Contreras Largo





Sergio Micco Aguayo





Sebastían Donoso Rodríguez





Manuel Nuñez Poblete